

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: 28.12.2022

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, nedată, transmisă, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 58818/29.11.2022, asocierea ... – ..., prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J23/614/2015, având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ... – administrator și convențional de ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la avocat în ..., a contestat adresa nr. 589/21.11.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire și raportul procedurii, acte emise în cadrul procedurii de atribuire simplificată, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție «Amenajare spații aferente blocuri (trotuare, spații verzi, locuri de joacă, alei, parcuri), din ... – ..., Zona ..., ...»”, cod CPV 45112710-5, organizată de ..., cu sediul în ... și a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii realizată prin adresa nr. 589/21.11.2022, prin care ... a fost informată că, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016;

- anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii rezultatului procedurii, dar fără a se limita la, raportul procedurii și procesele-verbale de evaluare intermediare ce au stat la baza emiterii actelor nelegale;

- reevaluarea ofertei contestatoarei și atribuirea contractului cu respectarea dispozițiilor legale;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

În susținerea contestației sale, ... arată că declararea ofertei sale, ca inacceptabilă și neconformă este nelegală.

Astfel, ... solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu a identificat cerința din caietul de sarcini pe care oferta sa nu o îndeplinește și care să atragă aplicarea dispozițiilor art.137 alin.3 lit. a) din HG nr. 395/2016.

În al doilea rând, contestatoarea subliniază că din analiza documentelor prezentate în cadrul ofertei rezultă că societățile comerciale ... și ... au decis să participe cu ofertă comună, sens în care au încheiat și depus acordul de asociere nr. A2080 din 23.09.2022, în cadrul căruia au convenit că vor realiza următoarele activități:

1. ... - proiectare și execuție lucrări amenajare spații verzi, iluminat, locuri de joacă, pavaje, irigații, cu o participare la beneficii și pierderi de 90% din valoarea contractului

2. ... - verificare de proiect tehnic, mobilier urban, cu o participare la beneficii și pierderi de 10% din valoarea contractului

Totodată, contestatoarea precizează că asociatul ... a decis ca o parte dintre serviciile și lucrările asumate în cadrul acordului de asociere, adică proiectare și execuție lucrări de instalații electrice (iluminat), să le subcontracteze societății ..., în acordul de subcontractare sub nr. A2090 din 26.09.2022 încheiat între antreprenor și subcontractantul său fiind indicată și valoarea obligațiilor care se vor executa de subcontractantul declarat: 0,42% din valoarea totală a ofertei.

Mai mult, contestatoarea subliniază că în temeiul art. 7 din acordul de subcontractare, subcontractantul se angajează față de contractant (...) cu aceleași obligații și responsabilități pe care contractantul le are față de investitor conform contractului încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Astfel, ... menționează că „subcontractant” este orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Alegerea subcontractantului este atributul exclusiv al contractantului, deci al celui care se obligă în îndeplinirea contractului față de autoritatea contractantă. Dacă a fost semnat contractul de achiziție publică între autoritatea contractantă și operatorul economic a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, operatorul economic ofertant (în speță, asocierea de operatori economici) este direct răspunzător pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică în fața autorității contractante chiar dacă are părți din contract pe care le-a subcontractat altor operatori economici.

În aceste circumstanțe, contestatoarea solicită CNSC să constate că executarea obligațiilor care vor face obiectul contractului de lucrări se va realiza, astfel cum reiese, în mod explicit, din documentele care însoțesc oferta depusă de asociere, astfel:

1. ... - activitățile de proiectare și execuție aferente lucrărilor de amenajare spații verzi, iluminat, locuri de joacă, pavaje, irigații, dintre care activitățile de proiectare și execuție aferente lucrărilor de instalații electrice vor fi îndeplinite prin intermediul subcontractantului ...

2. ... - verificare de proiect tehnic, mobilier urban.

Astfel, ... concluzionează că afirmația autorității contractante că, în aceste circumstanțe, *„asociatul ... ar trebui să îndeplinească atribuțiile în ceea ce privește lucrările de instalații electrice”* este neadevărată și nesusținută de niciun document prezentat de asocierie. Dimpotrivă, astfel cum rezultă din documentele analizate mai sus, lucrările de instalații electrice fac parte din activitățile asumate de asociatul ... în cadrul acordului de asocierie și sunt subcontractante de acesta către societatea ... prin acordul de subcontractare.

Mai mult, contestatoarea arată că lămurirea solicitată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 589/21.11.2022 a fost în sensul clarificării dacă *„subcontractarea este făcută de toți membri asocierii sau doar de către ...”*, iar, cu toate că chiar textul acordului de subcontractare este neechivoc, a răspuns, în mod explicit, că această subcontractare nu este realizată în numele asocierii sau de toți membrii asocierii, ci doar de asociatul ..., acesta fiind singurul care și-a asumat, în cadrul ofertei comune, să realizeze activitățile de proiectare și execuție a lucrărilor de iluminat. Desigur, în temeiul art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 1953 alin. (2) din Codul civil, în fața autorității contractante asociații răspund în mod solidar pentru executarea tuturor lucrărilor din contractul de achiziție publică, dar această situație nu trebuie să fie confundată cu raportul juridic dintre asociați și răspunderea asociaților unul față de celălalt rezultată din relația contractuală cuprinsă în acordul de asocierie, convenție în cadrul căreia fiecare parte își asumă și răspunde față de cealaltă parte pentru îndeplinirea obligațiilor astfel asumate sau cu raportul juridic dintre membrii asocierii și subcontractanții acestora.

... subliniază că este de neînțeles și fără nicio legătură cu documentele și informațiile transmise de asocierie concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, motiv pentru care solicită CNSC să constate nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă și, în consecință, să dispună anularea documentelor care cuprind această decizie și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Referitor la neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificări, contestatoarea învederează următoarele:

O particularitate a asocierii în participațiune este faptul că nu dă naștere unei entități distincte, astfel încât să poată fi angajată juridic, nu are cod de identificare fiscală și nu se înregistrează la Registrului Comerțului, motiv pentru care trebuie privită mai ales prin prisma unei convenții încheiate între mai multe entități, fiecare deținând o cotă de participare la beneficii și pierderi.

... precizează că în raporturile cu terții asocierea va fi reprezentată de asociatul titular sau administrator (liderul asocierii) care va acționa în nume propriu, dar pe seama asocierii, răspunzând în subsidiar față de ceilalți acționari din cadrul asocierii în participațiune.

În aceste circumstanțe, contestatoarea solicită CNSC să constate că limitele în care a fost investit liderul asocierii sunt descrise foarte clar în conținutul acordului de asociere încheiat pentru participarea cu ofertă comună în procedura de achiziție care face obiectul cauzei pendinte și se referă la împuternicirea acestuia de a semna și depune oferta comună și de a semna contractul de achiziție publică în numele și pe seama asocierii astfel constituite, iar nicidecum pentru semnarea în numele asocierii a acordurilor de subcontractare.

Mai mult, ... subliniază că acordurile de subcontractare au ca scop, pe de o parte, asigurarea îndeplinirii obligațiilor asumate de fiecare dintre asociați prin contribuția proprie la formarea asocierii și, pe de altă parte, după semnarea contractului de achiziție publică, asigurarea executării lor față de autoritatea contractantă. Cu toate acestea, relația de subcontractare nu este circumscrisă/limitată relației rezultate din acordul de asociere, ci se referă exclusiv la raportul dintre contractant și subcontractantul său, relația dintre aceștia fiind sinalagmatică, drepturile și obligațiile rezultate din acordul de subcontractare fiind bilaterale și interdependente. În conformitate cu dispozițiile art. 1951 teza finală din Codul civil *„terțul nu are niciun drept față de asociere și nu se obligă decât față de asociatul cu care a contractat”*. Pe de altă parte, având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în vigoare stipulează obligația autorităților contractante de a solicita prin documentația de atribuire ca ofertantul să indice partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze, precum și datele de identificare ale subcontractanților, dacă acestea sunt cunoscute la momentul depunerii ofertelor, conform prevederilor art. 55 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În plus, ... subliniază că potrivit dispozițiilor art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, subcontractant/subantreprenor este *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”*, iar conform prevederilor art. 53 alin. (1) din același act normativ, subcontractantul este considerat participant la procedura de atribuire.

În aceste context, contestatoarea menționează că potrivit art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în cazul în care ofertantul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit și nu

trebuie să se afle în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

... susține că toate aceste cerințe ale legislației speciale aplicabile au fost respectate de oferta asocierii din care face parte, subcontractantul ... a întocmit și depus DUAЕ (calitatea de participant a acestuia fiind astfel confirmată) precum și toate documentele și informațiile prevăzute de lege în sarcina subcontractanților declarați. Astfel, completarea DUAЕ de către subcontractantul ... (solicitată de autoritatea contractantă în procedură), precum și prezentarea tuturor documentelor în susținere, este concordantă cu înscrierea calității de subcontractant în celelalte documente ale ofertei, precum contractele de asociere și de subcontractare, dar și cu DUAЕ aparținând membrilor asocierii care a transmis oferta.

În aceste circumstanțe, contestatoarea solicită CNSC să constate că răspunsul său la solicitarea de lămuriri comunicată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 589/21.11.2022 în privința *„indicării dacă subcontractarea este făcută de toți membrii asocierii sau doar de către ...”* este concludent și în concordanță cu structura ofertei asocierii, cu documentele prezentate împreună cu oferta și cu normele generale și speciale ale legislației aplicabile: *„(...) oferta este depusă de asocierea (...), iar ... are rol de subcontractant. Din conținutul acordului de subcontractare (...) rezultă calitatea ... de subcontractant al ofertantului lider ...”*.

... opinează că afirmația autorității contractante din cuprinsul rezultatului procedurii în sensul că *„Deși prin solicitarea de clarificări nr. 478/03.10.2022, autoritatea contractantă v-a solicitat redepunerea acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 revizuit, în sensul că acesta trebuia încheiat de toți membrii asocierii nu doar de către lider, oferta fiind depusă de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat), drept urmare și acordul de subcontractare trebuia să fie încheiat între subcontractant și asociere, liderul neavând atribuții în acest sens, în urma răspunsului la clarificări societatea dumneavoastră nu s-a conformat celor solicitate de către comisia de evaluare;”* este neadevărată, conținutul solicitării de clarificări nu a fost în sensul descris mai sus, întrucât autoritatea contractantă nu i-a solicitat redepunerea acordului de subcontractare revizuit în sensul ca acesta să fie încheiat de toți membrii asocierii, ci a solicitat redepunerea acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 revizuit numai în cazul în care este îndeplinită o condiție premisă, adică: *„în situația în care subcontractantul propus este din partea asocierii”*.

Ori, contestatoarea solicită CNSC să constate că această condiție premisă a cărei îndeplinire atrăgea necesitatea depunerii acordului de subcontractare revizuit nu a fost îndeplinită, întrucât subcontractantul ... este declarat de asociatul ..., iar acordul de subcontractare este încheiat de asociatul ..., iar nu de către asociere, întrucât acest lucru este

imposibil de realizat și încalcă dispozițiile legale aplicabile, pentru motivele detaliate mai sus.

De asemenea, contestatoarea subliniază că în temeiul dispozițiilor art. 172 alin. (4), art. 185 alin. (1) și art. 218 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, atât asociatul ..., cât și ceilalți membri ai asocierii, chiar prin asumarea ofertei comune, răspund în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de lucrări, deci inclusiv de modul de îndeplinire a obligațiilor asumate de subcontractant (ca operator economic desemnat de unul dintre asociați pentru executarea unei părți din lucrările pe care acesta și le-a asumat ca aport în asociere), autoritatea contractantă fiind astfel protejată de dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și din acest punct de vedere.

În concluzie, contestatoarea solicită CNSC să constate că :

1. oferta sa a respectat cu strictețe prevederile documentației de atribuire, ale art. 75 din Legea 98/2016, art. 20 alin. (2) și art. 123 din HG nr. 395/2016, prin depunerea DUAE și a documentelor solicitate prin fișa de date a achiziției pentru susținerea declarațiilor sale, acordul de asociere și acordul de subcontractare, completate conform formularelor puse la dispoziție chiar de autoritatea contractantă în cadrul acestei proceduri.

2. răspunsul asocierii la solicitarea de clarificări a respectat întocmai cerința autorității contractante și, prin intermediul său, au fost comunicate informațiile solicitate, informații care, împreună cu documentele depuse în conținutul ofertei, sunt lămuritoare și reflectă îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire și normele de drept aplicabile.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 59105/05.12.2022, ... a înaintat dovada constituirii cauțiunii.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 88.000 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 60640/12.12.2022, ... a înaintat, în original, Recipisa de consemnare nr. 208618099/1, în sumă de 88.000 RON, eliberată de CEC BANK – Sucursala Cluj la data de 29.11.2022.

Prin adresa nr. 23987/08.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 60131/08.12.2022, ... a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de ..., solicitând următoarele:

1. Respingerea solicitării de anulare a comunicării rezultatului procedurii nr. 589 din data de 21.11.2022;

2. Respingerea solicitării de anulare a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii rezultatului procedurii, inclusiv a raportului procedurii nr. 588 din data de 21.11.2022;

3. Respingerea solicitării de reevaluare a ofertei depusă de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat).

1. În ceea ce privește solicitarea referitoare la respingerea cererii de anulare a comunicării rezultatului procedurii nr. 589 din data de 21.11.2022, autoritatea contractantă învederează următoarele:

Având în vedere faptul că oferta a fost depusă de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat), calitatea de ofertant îi revine în integralitate întregii asocieri, iar nu unuia din aceștia, în acest sens calitatea de ofertant îi revine oricărui operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire, astfel cum este definit în cadrul art. 3 alin. (1) lit. gg) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, ... menționează că în cadrul acordului de asociere nr. A2080 din 23.09.2022 semnat între ..., în calitate de lider de asociere și ..., în calitate de asociat, la capitolul 2 „Obiectul contractului”, a fost menționat clar faptul că cei doi asociați participă în comun la procedura de achiziție publică ce face obiectul prezentei, respectiv faptul că aceștia derulează în comun activitățile contractului de achiziție publică, în cazul desemnării ofertei ca fiind câștigătoare, astfel întărind calitatea de ofertant în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, calitatea ce îi revine asocierii formată din ... (lider asociere) și ... (asociat).

Totodată, autoritatea contractantă precizează că în cadrul acordului de asociere mai sus menționat, la capitolul 6 „Alte clauze”, punctul 6.2. se prevede faptul că *„Niciuna din părți nu va fi îndreptățită să vândă, ceseze sau în orice altă modalitate să greveze sau să transmită cota sa sau parte din aceasta altfel decât prin efectul legii și prin obținerea consimțământului scris prealabil atât al celorlalte părți cât și al beneficiarului”*, drept pentru care niciunul dintre cei doi asociați nu puteau încheia acorduri de subcontractare separat, fără a exista un acord prealabil în acest sens, acest acord prealabil putând fi și o împuternicire expresă dată de unul dintre asociați. Ba mai mult, în cadrul acordului de asociere nu au fost menționate prevederi cu privire la împuternicirea liderului de asociere în vederea semnării acordurilor de subcontractare. Totodată, această împuternicire nu a fost întocmită nici printr-un document separat. Drept urmare, neexistând prevederi în acest sens, liderul de asociere nu poate încheia în numele său acorduri de subcontractare, această atribuție revenind întregii asocieri.

Astfel, din situația mai sus prezentată. ... concluzionează că acordul de subcontractare trebuia să fie încheiat de asocierea formată din ...

(lider asociere) și ... (asociat), în calitate de contractant, liderul neavând atribuții în acest sens.

Ori, deși prin solicitarea de clarificări nr. 478/03.10.2022, i-a fost solicitat ofertantului, respectiv asocierii formată din ... (lider asociere) și ... (asociat) redepunerea acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 revizuit, în sensul că acesta trebuia încheiat de toți membrii asocierii, nu doar de către lider, acesta nu s-a conformat solicitării de clarificări, drept urmare oferta a fost respinsă în consecință. Având în vedere faptul că oferta nu a fost depusă de către un ofertant individual, respectiv ..., ci de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat), atribuția încheierii acordului de subcontractare revenea întregii asocieri, iar nu doar liderului de asociere.

Mai mult, autoritatea contractantă subliniază că potrivit celor menționate de ... în cadrul contestației, respectiv *„alegerea subcontractantului este atributul exclusiv al contractantului, deci al celui care se obligă în îndeplinirea contractului față de autoritatea contractantă”*, în speța de față calitatea de contractant revenindu-i asocierii formată din ... (lider asociere) și ... (asociat), acest termen fiind definit și de legiuitor în cadrul art. 3, alin. (1), lit. q) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sensul că *„orice operator economic care este parte la un contract de achiziție publică”*, drept pentru care calitatea de contractant revine întregii asocieri, contractul de achiziție publică neputând fi încheiat numai cu unul dintre cei doi asociați, ci cu întreaga asociere.

În ceea ce privește mențiunile contestatoarei cu privire la limitele investiției liderului asocierii, în sensul că acestea sunt clar prevăzute în cadrul acordului de asociere semnat de cei doi asociați, și anume *„împuternicirea liderului asocierii în vederea întocmirii ofertei comune, semnarea și depunerea acesteia, respectiv în vederea semnării contractului de achiziție publică, în numele și pentru asocierea constituită”*, ... subliniază că nu s-a făcut vorbire și despre împuternicirea cu privire la semnarea acordurilor de subcontractare.

De asemenea, având în vedere mențiunile făcute de ... în cadrul contestației, și anume *„acordurile de subcontractare au ca scop, pe de o parte, asigurarea îndeplinirii obligațiilor asumate de fiecare dintre asociați prin contribuția proprie la formarea asocierii și, pe de altă parte, după semnarea contractului de achiziție publică, asigurarea executării lor față de autoritatea contractantă”*, autoritatea contractantă opinează că acestea sunt în neconcordanță cu prevederile art. 3 din cadrul acordului de subcontractare nr. A 2090/26.09.2022, în sensul că este clar menționat faptul că *„valoarea obligațiilor ce se vor executa de subcontractant reprezintă 0,42% din valoarea totală a ofertei”*, iar nu din proporția liderului de asociere, cum a invocat în cadrul contestației, astfel procentul de 0,42% din valoarea totală a ofertei reprezintă procent și din contribuția asociatului ..., nu doar procent din contribuția liderului asocierii, ...

În plus, ... opinează că a acționat în egală măsură și cu celălalt ofertant participant în cadrul procedurii de atribuire, în sensul că, aceeași clarificare a fost adresată și acestuia din urmă, iar prin răspunsul la clarificări, ofertantul s-a conformat celor solicitate. În această situație, dacă s-ar mai fi revenit cu clarificări către contestatoare, i s-ar fi creat acestuia din urmă un avantaj în raport cu celălalt participant din cadrul procedurii, fapt ce contravine prevederilor cuprinse în cadrul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

2. Față de solicitarea privind respingerea cererii de anulare a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii rezultatului procedurii, inclusiv a raportului procedurii nr. 588 din data de 21.11.2022, autoritatea contractantă menționează următoarele:

Având în vedere argumentele prezentate în cadrul prezentului punct de vedere, respectiv respingerea în fond a contestației, ... solicită Consiliului respingerea cererii de anulare a tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii rezultatului procedurii, inclusiv a raportului procedurii nr. 588 din data de 21.11.2022.

3. Față de solicitarea privind respingerea cererii de reevaluare a ofertei depusă de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat), autoritatea contractantă arată următoarele:

Având în vedere argumentele prezentate în cadrul prezentului punct de vedere, respectiv respingerea în fond a contestației, ... solicită Consiliului respingerea cererii de reevaluare a ofertei depusă de asocierea formată din ... (lider asociere) și ... (asociat).

Prin adresa nr. 23987/08.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 60131/08.12.2022, ... a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, nedată, înregistrată la CNSC sub nr. 61585/15.12.2022, ... a depus concluzii scrise.

Cu privire la afirmația autorității contractante, potrivit căreia „Deși prin solicitarea de clarificări (...) i-a fost solicitat ofertantului, respectiv asocierii (...) redepunerea acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 revizuit, în sensul că aceasta trebuia încheiat de toți membrii asocierii, nu doar de către lider, acesta nu s-a conformat solicitării de clarificări, drept urmare oferta a fost respinsă în consecință”, pe de o parte, contestatoarea reiterează că nu există nicio cerință în conținutul documentației de atribuire sau în legislația aplicabilă care să prevadă obligația ca acordurile de subcontractare să fie încheiate de întreaga asociere, iar pe de altă parte, această solicitare, redepunerea acordului de subcontractare revizuit „în sensul că acesta trebuia încheiat de toți membrii asocierii, nu doar de către lider” nu a fost transmisă de autoritatea contractantă.

... susține că numai în situația în care s-ar fi îndeplinit cumulativ următoarele condiții:

a. Autoritatea contractantă ar fi solicitat expres, necondiționat, modificarea acordului de subcontractare în sensul indicat prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, susținut ulterior și prin punctul de vedere,

b. Asocierea nu ar fi transmis clarificările/completările solicitate sau nu ar fi contestat în termenul prevăzut de lege solicitarea autorității contractante [drept care ar fi fost exercitat în cazul în care s-ar fi realizat condiția de la lit. a)], autoritatea ar fi putut pretinde că respingerea ofertei asocierii ca inacceptabilă ar fi întemeiată pe dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Ori, contestatoarea solicită CNSC să constate că dispozițiile legale invocate de autoritatea contractantă nu sunt aplicabile în speță, aceasta nu a solicitat modificarea acordului de subcontractare, ci doar lămurirea privind părțile semnate ale acestuia, iar numai în cazul în care răspunsul asocierii ar fi fost că părțile semnate sunt asocierea și subcontractantul, a solicitat redepunerea acordului modificat în acest sens. Astfel, clarificările transmise de asociere care menționează exact situația de fapt și de drept rezultată din relația contractuală stabilită între membrul asocierii, ofertantul lider ... și subcontractantul său, ..., au fost concludente întrucât au conținut exact informațiile solicitate de autoritatea contractantă:

„Drept urmare se solicită clarificarea situației de față, în sensul indicării dacă subcontractarea este făcută de toți membrii asocierii sau doar de către ... (lider asociere).

În acest sens, avem rugămintea să redepuneți acordul de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022, revizuit, în situația în care subcontractantul propus este din partea asocierii.”

Mai mult, ... subliniază că autoritatea contractantă ignoră în conținutul punctului de vedere faptul că obligația de a declara procentul de subcontractare este a fiecărui membru al asocierii, obligație care se materializează într-o declarație a acestuia că intenționează să subcontracteze o parte (adică procentaj) din contract. Declarația formală privind procentul de subcontractare din valoarea ofertei asocierii este, în mod evident, a membrului asocierii care se bazează pe sprijinul subcontractatului respectiv și se raportează la valoarea ofertei comune în care acesta are calitatea de parte, iar nu a subcontractantului care, conform art. 3 alin. (1) lit. (yy) din Legea nr. 98/2016, nici nu este parte a contractului de achiziții publice, nu cunoaște și nu participă, în mod direct, la întocmirea întregii oferte a asocierii, prin urmare nu își asumă obligații, în mod direct, față de autoritatea contractantă.

Contestatoarea opinează că această afirmație este susținută și de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. hh) din Legea nr. 98/2016. Pentru aceste considerente în cadrul acordului de subcontractare a fost adăugată, conform formularului pus la dispoziție în documentația de atribuire, declarația privind procentul de subcontractare.

... consideră că o astfel de atitudine a autorității contractante este dovada unei interpretări abuzive a legislației aplicabile și a unui formalism excesiv și este, în mod vădit, contrară principiilor stipulate de art. 2 din Legea nr. 98/2016 pe care autoritatea contractantă trebuie să le respecte în derularea procedurii de atribuire.

În cele ce urmează, contestatoarea redă condițiile de participare din documentația de atribuire, respectiv citează din cap. III.1.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale și cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției.

De asemenea, ... invocă prevederile legale incidente în prezenta cauză, respectiv, art. 55 alin. (1), art. 193 alin. (3) din Legea 98/2016, arătând că din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 55 și ale art. 193 din Legea nr. 98/2016 și raportat la împrejurarea că ofertantul își declară intenția de subcontractare în formularul DUAЕ, conform dispozițiilor legale sunt posibile următoarele situații:

A: Ofertantul demonstrează singur îndeplinirea criteriilor de calificare (nu se bazează pe capacitatea subcontractanților) și nu-și cunoaște subcontractanții la momentul depunerii ofertei, situație în care va depune DUAЕ doar pentru el, cu menționarea intenției de subcontractare și a procentului/părții de contract ce va fi subcontractată;

B: Ofertantul demonstrează singur îndeplinirea criteriilor de calificare (nu se bazează pe capacitatea subcontractanților) și își cunoaște subcontractanții la momentul depunerii ofertei, situație în care va depune DUAЕ atât pentru el, cu menționarea intenției de subcontractare, a părților de contract ce vor fi subcontractate și a datelor de identificare ale subcontractanților, cât și DUAЕ pentru subcontractanți care trebuie să menționeze informațiile prevăzute la art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și va anexa acordul de subcontractare;

C: Ofertantul se bazează pe capacitatea subcontractanților pentru partea executată de aceștia în cadrul contractului, situație în care este obligat să depună DUAЕ atât pentru el cu menționarea intenției de subcontractare, a părților ce vor fi subcontractate și a datelor de identificare a subcontractanților, cât și DUAЕ pentru subcontractanți care trebuie să menționeze informațiile prevăzute la art. 193 alin. (1) lit. a), b) și c) din Legea nr. 98/2016 și va anexa acordul de subcontractare.

Totodată, contestatoare invocă și redă prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, ... arată că în situația în care o parte din contract nu poate fi îndeplinită de ofertant (individual sau în asociere) și/sau ofertantul nu are capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea activităților aferente unei părți din contract, acesta are dreptul să subcontracteze o parte din activitățile contractului de achiziție, având obligația de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitoare la subcontractare: DUAЕ al subcontractantului, acordul de subcontractare, informații privind partea/părțile din contract care

urmează să fie îndeplinită de subcontractant și valoarea acesteia, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante etc.

Față de îndeplinirea de către asociere a condițiilor de participare, contestatoarea arată următoarele:

... solicită CNSC să constate că documentele depuse în conținutul ofertei, cu respectarea întocmai a dispozițiilor Regulamentului (UE) nr. 7/2016 și ale Notificării A.N.A.P. nr. 240/28.06.2016, conțin toate informațiile necesare și suficiente prevăzute de documentația de atribuire:

În oferta asocierii a fost prezentat acordul de asociere nr. A2080 din 23.09.2022 încheiat între ... și ... în care, la art. 2.2 se menționează explicit activitățile pe care le vor realiza fiecare dintre membrii asocierii în cazul în care oferta comună va fi declarată câștigătoare:

1. ... - proiectare și execuție lucrări amenajare spații verzi, iluminat, locuri de joacă, pavaje, irigații

2. ... - verificare proiect tehnic, mobilier urban.

Totodată, contestatoarea învederează că oferta sa conține fișa de prezentare a ofertantului în care sunt menționați explicit participanții la procedură, calitatea acestora și detaliile de identificare: ... (lider asociere), ... (asociat), ... (subcontractant).

De asemenea, având în vedere faptul că ofertantul (în speță, asocierea) demonstrează singur îndeplinirea criteriilor de calificare menționate în documentația de atribuire (nu se bazează pe capacitatea subcontractanților) și își cunoaște subcontractanții la momentul depunerii ofertei (situația B de la punctul II de mai sus), contestatoarea solicită CNSC să constate că a depus în cadrul ofertei:

1. DUAЕ ... (ofertant lider), cu menționarea intenției de subcontractare, a părților de contract ce vor fi subcontractate și a datelor de identificare ale subcontractantului în cadrul acordului de subcontractare ... - ..., anexat DUAЕ;

2. DUAЕ ... (ofertant) și

3. DUAЕ ... (subcontractant) care menționează informațiile prevăzute la art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, ... menționează că acordul de subcontractare a fost încheiat pentru lucrările de instalații electrice, adică o parte (0,42% din valoarea totală a ofertei) din activitățile pe care și le-a asumat în cadrul asocierii exclusiv ofertantul asociat ..., adică proiectare și execuție lucrări de iluminat. Prin urmare erau evidente, încă din momentul depunerii ofertei, partea de contribuție a fiecărui asociat în îndeplinirea contractului, precum și partea și specificul ce urmează a fi executate de către subcontractantul declarat în ofertă, astfel că autoritatea contractantă nu avea niciun motiv legal de respingere a ofertei sub aceste aspecte.

Mai mult, contestatoarea precizează că asociatul ... nu și-a asumat în cadrul asocierii executarea unor lucrări legate de proiectarea și

execuția lucrărilor de iluminat, ci numai activitățile privind verificarea proiectului tehnic și cele privind mobilierul urban, motiv pentru care nu trebuia să își asume niciun fel de drepturi și obligații printr-un acord de subcontractare încheiat pentru executarea unor activități pe care, așa cum rezultă foarte clar din conținutul art. 2.2 al acordului de asociere, nu le va realiza acest asociat.

În acest context, ... reamintește și faptul că subcontractantul, astfel cum este definit de dispozițiile art. 3 punctul 55 lit. (yy) din Legea nr. 98/2016, nu este parte a contractului de achiziție publică, ci doar execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/ serviciilor, răspunzând exclusiv în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. La rândul său antreprenorul, ..., și-a asumat participarea în comun la procedura de atribuire cu un alt operator economic, ..., situație care atrage de drept aplicarea dispozițiilor art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care prevăd răspunderea solidară pentru executarea contractului de achiziție publică în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire.

Contestatoarea opinează că susținerile sale sunt confirmate și de conținutul art. 51 din Normele de aplicare aprobate prin HG 395/2016.

În acest sens, ... susține că din interpretarea sistematică a celor două alineate ale articolului evocat rezultă că cerința de a deține o anumită autorizație (în speță, atestare ANRE) se consideră că este îndeplinită - în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire - dacă unul dintre membrii asocierii, adică cel care execută partea de contract pentru care este solicitată deținerea unei autorizații, deține autorizația solicitată sau dacă subcontractantul nominalizat prin documentația de atribuire deține această autorizație, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă. Așadar, rezultă și din acest context legal faptul că este de esența unui acord de subcontractare în cazul participării cu ofertă comună chiar relația directă dintre subcontractant și operatorul economic membru al asocierii care și-a asumat executarea părții de contract pe care înțelege să o execute cu ajutorul aceluși subcontractant. Nu mai puțin important, în cazul în care s-ar considera că textele legale mai sus menționate nu sunt suficient de clare, relevantă este și cutuma, practica îndelungată și unanim acceptată de toate părțile implicate (autorități contractante, operatori economici, organul administrativ jurisdicțional, instanțe judecătorești) a participării la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică cu acorduri de subcontractare încheiate cu subcontractanții care execută efectiv anumite activități exclusiv de către membrii asocierii care și-au asumat prin acordul de asociere executarea activităților respective.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție «Amenajare spații aferente blocuri (trotuare, spații verzi, locuri de joacă, alei, parcuri), din ... – ..., Zona ..., ...»”, cod CPV 45112710-5, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../09.09.2022, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 26.09.2022, ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 8.369.197,28 RON.

Așa cum rezultă din Declarația de participare publicată de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 29.09.2022 ora 10:00, la prezenta procedură de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, și anume asocierea ... – ... și asocierea ... – ... – ..., fiecare dintre acestea declarând câte un subcontractant, respectiv societatea ... (subcontractant al asocierii ... – ...) și societatea ... (subcontractant al asocierii ... – ... – ...).

Prin Raportul procedurii nr. 588/21.11.2022, Comisia de evaluare a declarat admisibilă o singură ofertă, cea depusă de asocierea ... – ... – ... pe care a și declarat-o câștigătoare, oferta depusă de asocierea ... – ... fiind declarată inacceptabilă.

Nemulțumită de acest rezultat, asocierea ... – ..., prin liderul asocierii ... a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând următoarele:

- anularea comunicării rezultatului procedurii realizată prin adresa nr. 589/21.11.2022, prin care contestatoarea a fost informată că, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele de aplicare ale Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016;

- anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza emiterii rezultatului procedurii, dar fără a se limita la, raportul procedurii și procesele-verbale de evaluare intermediare ce au stat la baza emiterii actelor nelegale;

- reevaluarea ofertei contestatoarei și atribuirea contractului cu respectarea dispozițiilor legale;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației (onorariu avocat în sumă de 8.878,63 lei).

... a depus la dosarul cauzei, în original, dovada respectării prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv Recipisa de consemnare nr. 208618099/1 din data de 29.11.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Cluj, în sumă de 88.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹

alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fondul cauzei, analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul constată următoarele:

1. La prezenta procedură de atribuire, a depus ofertă asocierea formată din ... și

Conform acordului de asociere nr. A2080/**23.09.2022**, liderul de asociere ... realizează următoarele activități: proiectare și execuție lucrări amenajare spații verzi, **iluminat**, locuri de joacă, pavaje și irigații, în timp ce asociatul ... realizează verificare proiect tehnic și mobilier urban, contribuția financiară/tehnică/profesională a fiecărei părți la îndeplinirea contractului de achiziție publică fiind următoarea:

- 90% ...

- 10% SC ...

2. ..., în calitate de contractor, a încheiat cu societatea ..., în calitate de subcontractant, Acordul de subcontractare nr. A2090/**26.09.2022**, având ca obiect „**lucrări de instalații electrice**”, valoarea obligațiilor ce se vor executa de subcontractant, reprezentând „0,42% din valoarea totală a ofertei”;

3. În cadrul DUAЕ-ului depus în procedură de ... (salvat la data de **26.09.2022**, ora 10:57), în Partea II – Informații referitoare la operatorul economic, punctul A), în Secțiunea „*Vă rugăm să precizați rolul operatorului economic în cadrul grupului. Vă rugăm să îi identificați pe ceilalți operatori economici care participă la procedura de achiziție publică împreună*”, se regăsesc următoarele informații:

„*Modalitatea de participare: Asociere*

Ofertantul care a depus oferta: ... cu rol de ofertant lider;

Membrii participanți:

..., are rol de ofertant;

..., are rol de subcontractant”;

4. În cadrul DUAЕ-urilor depuse în procedură de ... (salvat la data de 26.09.2022, ora 10:41) și, respectiv, de ... (salvat la data de **26.09.2022**, ora 11:44) se regăsesc aceleași informații, respectiv:

„*Modalitatea de participare: Asociere*

Ofertantul care a depus oferta: ... cu rol de ofertant lider;

Membrii participanți:

..., are rol de ofertant;

..., are rol de subcontractant”;

5. În oferta contestatoarei, se regăsesc împuternicirile emise de societățile ... și ..., la data de 26.09.2022, prin care acestea îl împuternicesc pe dl. Olteanu Ion, având funcția de administrator, să le reprezinte la prezenta procedură de atribuire, cele două documente purtând fiecare, alături de ștampila emitentului, și ștampila societății

În cadrul acestor documente, se menționează că: „*împuternicitul nostru este deplin autorizat să angajeze răspunderea subscrisei cu privire la toate actele și faptele ce decurg din participarea la procedură*”.

Verificând activitatea Comisiei de evaluare, Consiliul reține că, prin adresa nr. 478/03.10.2022, membrii acesteia au solicitat contestatoarei clarificarea următorului aspect:

„În conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016: «comisia de evaluare stabilește care sunt clarificările și completările necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de oferte», vă solicităm următoarea clarificare:

În urma analizării acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022, prezentat de ofertant în cadrul documentelor de calificare depuse, se constată faptul că acesta este încheiat între S.C. ... S.R.L. (lider asociere), în calitate de contractor și subcontractantul în cauză, și nu de către Asocieria formată din S.C. ... S.R.L. (lider asociere) și S.C. ... S.R.L. (asociat), ce deține calitatea de ofertant, în consecință «contractor» și subcontractantul în cauză.

Drept urmare se solicită clarificarea situației de față, în sensul indicării dacă subcontractarea este făcută de toți membrii asocierii sau doar de către S.C. ... S.R.L. (lider asociere).

În acest sens, avem rugămintea să redepuneți acordul de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022, revizuit, în situația în care subcontractantul propus este din partea asocierii”.

La această solicitare de clarificări, ofertantul a răspuns prin adresa nr. A2125/05.10.2022, precizând următoarele:

„Ca urmare a solicitării de clarificari nr. 478/03.10.2022, vă comunicăm faptul că, așa cum rezultă din conținutul documentelor transmise, oferta este depusă de Asocieria ... S.R.L. (cu rol de: Ofertant Lider) și ... S.R.L. (cu rol de: Ofertant), iar S.C. ... S.R.L. are rol de Subcontractant.

Din conținutul Acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 rezultă calitatea ... S.R.L. de subcontractant al ofertantului lider ...”.

Acest răspuns a fost analizat de către membrii Comisiei de evaluare în cadrul *Procesului-verbal nr. 494/04.07.2022 privind evaluarea răspunsurilor la clarificările solicitate privind informațiile din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, în legătură cu oferta contestatoarei consemnând că este inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, pentru următoarele motive:*

„În urma analizării răspunsului la clarificări postat în SEAP de către dumneavoastră, se constată următoarele:

- Deși prin solicitarea de clarificări nr. 478/03.10.2022, autoritatea contractantă a solicitat redepunerea acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 revizuit, în sensul că acesta trebuia încheiat de toți membrii asocierii, nu doar de către lider, oferta fiind depusă de Asocieria formată din S.C. ... S.R.L. (lider asociere) și S.C. ... S.R.L. (asociat), drept urmare și acordul de subcontractare trebuia să fie încheiat între subcontractant și asociere, liderul neavând atribuții în

acest sens, în urma răspunsului la clarificări ofertantul nu s-a conformat celor solicitate de către comisia de evaluare;

- Având în vedere faptul că oferta nu a fost depusă de către un ofertant individual, respectiv S.C. ... S.R.L., ci de Asociera formată din S.C. ... S.R.L. (lider asociere) și S.C. ... S.R.L. (asociat), atribuția încheierii acordului de subcontractare revenea întregii asocieri, iar nu doar liderului de asociere;

- De asemenea, analizând acordul de asociere nr. A2080 din 23.09.2022, se constată faptul că nu au fost menționate prevederi cu privire la împuternicirea liderului de asociere în vederea semnării acordurilor de subcontractare. Totodată, această împuternicire nu a fost întocmită nici printr-un document separat. Drept urmare, neexistând prevederi în acest sens, liderul de asociere nu poate încheia în numele său acorduri de subcontractare, această atribuție revenind întregii asocieri.

Având în vedere cele mai sus prezentate și în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, se constată că răspunsul ofertantului este NECONCLUDENT.

Totodată se constată următoarele:

- Din acordul de subcontractare reiese faptul că subcontractantul are atribuții în ceea ce privește lucrările de instalații electrice;

- De asemenea, având în vedere faptul că acest acord de subcontractare nu este semnat de întreaga asociere, ci numai de lider, rezultă că subcontractantul nu poate desfășura activitățile asumate prin acord în numele și din partea asocierii, acesta nefiind subcontractantul asocierii;

- În acest caz, celălalt asociat, respectiv S.C. ... S.R.L. ar trebui să îndeplinească atribuțiile în ceea ce privește lucrările de instalații electrice, din acordul de asociere nereieșind acest lucru, drept urmare oferta ar fi fost declarată ca fiind NECONFORMĂ, nerespectând cerințele caietului de sarcini, conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, având în vedere motivele mai sus menționate, se constată neîndeplinirea prezentei cerințe”.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, Consiliul o apreciază ca fiind eronată din următoarele motive:

Din documentele depuse la data limită de depunere a ofertelor de asocierea formată din ... și ..., respectiv din DUAU-urile celor doi asociați, rezultă în mod clar faptul că aceștia au agreeat, participarea la prezenta procedură de atribuire, împreună cu societatea ..., care are rolul de subcontractant, prin urmare asociatul ... și-a exprimat acordul cu privire la subcontractarea unor părți din contract către societatea

Faptul că din punct de vedere formal, acordul de subcontractare a fost încheiat de societatea ... și nu de asocierea ... și ... nu constituie un

motiv suficient pentru respingerea ofertei contestatoarei, în condițiile în care asocierea ... și ... nu are personalitate juridică, iar acordul de asociere nr. A2080/23.09.2022, consemnează în mod clar activitățile care vor fi realizate atât de liderul de asociere ... (proiectare și execuție lucrări amenajare spații verzi, **iluminat**, locuri de joacă, pavaje și irigații), cât și de asociatul ... (verificare proiect tehnic și mobilier urban), precum și contribuțiile financiare/tehnice/profesionale ale fiecărei părți la îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv:

- 90% - ...
- 10% - SC

Voința asociaților a fost clară și rezultă, în principal din DUAЕ-urile depuse în prezenta procedură de atribuire, în sensul implicării societății ... în realizarea obiectului prezentului contract, iar asociatul responsabil cu realizarea lucrărilor de **iluminat**, respectiv ... este cel care, pentru realizarea părții din contract alocată prin acordul de asociere, are nevoie de subcontractantul ..., astfel încât alegerea subcontractantului este atribuitul exclusiv al acestuia, iar din documentele aflate la dosarul cauzei, rezultă că și asociatul ... a agreat participarea la prezenta procedură de atribuire, împreună cu societatea ..., care are rolul de subcontractant.

Faptul că în acordul de subcontractare nr. A2090/26.09.2022 este menționată calitatea de „contractor” a societății ... și nu cea de lider al asocierii ... și ..., constituie un aspect lămurit de contestatoare prin răspunsul la clarificări nr. A2125/05.10.2022, edificatoare fiind partea finală a răspunsului la clarificări, și anume: *„Din conținutul Acordului de subcontractare nr. A2090 din 26.09.2022 rezultă calitatea ... S.R.L de **subcontractant al ofertantului lider** ...”*.

În opinia Consiliului, calitatea societății ... de subcontractant al liderului de asociere, semnifică, în fapt, calitatea societății ... de subcontractant al asocierii însăși, iar dacă autoritatea contractantă ar fi dorit suplimentar (deși nu era necesar în opinia Consiliului) fie, redepunerea acordului de asociere încheiat de toți membrii asocierii, fie o împuternicire expresă emisă liderului de asociere de către asociatul ... în vederea semnării acordului de subcontractare, trebuia să formuleze o solicitare de clarificări, în acest sens, prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, stipulând că solicitarea de clarificări *„trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”*.

Analizând conținutul cererii de clarificări nr. 478/03.10.2022 pe care Comisia de evaluare a transmis-o contestatoarei, Consiliul constată că aceasta a vizat, clarificarea situației de față, în sensul indicării dacă subcontractarea este făcută de toți membrii asocierii sau doar de către ... (lider al asocierii), solicitarea de redepunere a acordului de asociere fiind făcută sub condiție, respectiv *„în situația în care subcontractantul propus este din partea asocierii”*, din această perspectivă răspunsul la clarificări al contestatoarei, prin care s-a

subliniat **calitatea ... de subcontractant al ofertantului lider ...**, nu poate fi apreciat ca fiind neconcludent.

De asemenea, faptul că valoarea obligațiilor ce se vor executa de subcontractant, a fost stabilită printr-un procent raportat la valoarea totală a ofertei („0,42% din valoarea totală a ofertei”) nu poate constitui un motiv pentru respingerea ofertei contestatoarei deoarece acordul de subcontractare a fost încheiat pentru lucrările de instalații electrice, adică o parte din activitățile pe care și le-a asumat în cadrul asocierii doar ofertantul lider ... (proiectare și execuție lucrări de iluminat), iar aceste activități pot fi cuantificate și prin raportate la valoarea totală a ofertei, nu numai prin raportare la proporția liderului de asociere.

Relevant în speță este faptul că asociatul ... nu și-a asumat proiectarea și execuția lucrărilor de iluminat ci numai activități privind verificarea proiectului tehnic și mobilier urban, astfel încât sunt eronate susținerile autorității contractante din cadrul actului atacat referitoare la faptul că „asociatul ... ar trebui să îndeplinească atribuții în ceea ce privește lucrările de instalații electrice”.

Este adevărat că în temeiul dispozițiilor art. 185 alin. (1) teza finală, din Legea nr. 98/2016 asociații răspund în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, însă răspunderea asociațiilor unul față de celălalt rezultă din acordul de asociere, în cadrul căruia fiecare s-a obligat la îndeplinirea anumitor obligații.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la faptul că „oferta ar fi fost declarată ca fiind neconformă, nerespectând cerințele caietului de sarcini, conform prevederilor art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016”, Consiliul nu o poate reține, deoarece pe de o parte, oferta contestatoarei a fost respinsă în etapa de evaluare a DUAЕ, iar, pe de altă parte, nu au fost indicate de autoritatea contractantă cerințele caietului de sarcini care nu ar fi respectate de contestatoare.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că în luarea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv, încălcând principiul proporționalității stipulat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 pe care aceasta trebuie să-l respecte în derularea procedurii de atribuire, alături, evident, de celelalte principii din materia achizițiilor publice.

Principiul proporționalității presupune că oricare decizie sau măsură adoptată, trebuie să se bazeze pe o justă și echitabilă evaluare, pe echilibrare adecvată a intereselor implicate, precum și pe o selectare coerentă a mijloacelor și mecanismelor care urmează a fi utilizate în vederea atingerii unui scop predefinit. Principiul proporționalității trebuie înțeles ca o asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară a achizițiilor publice, ca o expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și

necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite „înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționale în raport cu scopurile urmărite” (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers’ Union și alții, C-157/96, pct. 60).

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la faptul că dacă s-ar mai fi revenit cu clarificări către contestatoare i s-ar fi creat acestea un avantaj în raport cu celălalt participant din cadrul procedurii, Consiliul o apreciază ca fiind eronată dat fiind că, în raport de conținutul solicitării de clarificări răspunsul contestatoarei este concludent, nefiind necesară transmiterea unei noi solicitări de clarificări către contestatoare în legătură cu aspectul analizat.

În acest context, Consiliul reiterează faptul că, așa cum rezultă din Declarația de participare publicată de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 29.09.2022 ora 10:00, **ambele asocieri ofertante au declarat fiecare câte un subcontractant**, respectiv societatea ... (subcontractant al asocierii ... – ...) și societatea ... (subcontractant al asocierii ... – ... – ...), **astfel încât aceste informații s-au aflat la dispoziția autorității contractante încă de la data limită de depunere a ofertelor**.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... și ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Va anula, în parte, Procesul-verbal nr. 494/04.07.2022 privind evaluarea răspunsurilor la clarificările solicitate privind informațiile din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, respectiv mențiunile referitoare la respingerea ofertei depusă de asocieria ... și ... și, în tot, Raportul procedurii nr. 588/21.11.2022 precum și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei să reevalueze oferta depusă de asocieria ... și ..., cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 8.778,63 lei reprezentând cheltuieli de judecată (onorariu avocațial), Consiliul o va admite, în parte, pentru următoarele motive:

Codul de procedură civilă stipulează următoarele:

- Art. 451:

„(1) Cheltuielile de judecată constau în taxele judiciare de timbru și timbrul judiciar, onorariile avocaților, ale experților și ale specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. (3), sumele cuvenite martorilor pentru

deplasare și pierderile cauzate de necesitatea prezenței la proces, cheltuielile de transport și, dacă este cazul, de cazare, precum și orice alte cheltuieli necesare pentru buna desfășurare a procesului.

(2) Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său.

(3) Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător la plata experților judiciari și a specialiștilor numiți în condițiile art. 330 alin. (3).

(4) Nu vor putea fi însă micșorate cheltuielile de judecată având ca obiect plata taxei judiciare de timbru și a timbrului judiciar, precum și plata sumelor cuvenite martorilor potrivit alin. (1)”;

- Art. 452:

„Partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei”;

- Art. 453:

„(1) Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

(2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată”.

Având în vedere dispozițiile anterior menționate, se constată că fundamentul răspunderii pentru plata cheltuielilor de judecată este culpa procesuală a părții.

În speță, Consiliul reține culpa procesuală a autorității contractante în intentarea acțiunii de către contestatoare, motiv pentru care Consiliul apreciază că în speță se impune obligarea autorității contractante la plata unor cheltuieli de judecată reprezentând onorariu avocat.

Cheltuielile reclamate de contestatoare sunt în sumă de 8.778,63 lei și reprezintă onorariu aferent serviciilor de asistență juridică prestate de ... facturate cu factura VPLCA 0540 din 30.11.2022, achitată, la data de 15.12.2022 prin serviciul de internet banking al BCR.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului, referitor la quantumul cheltuielilor de judecată solicitate, reprezentând onorariu avocat, Consiliul apreciază că se impune reducerea onorariului de avocat la suma de 3.000 lei, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României și având în vedere faptul că în speță nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, Consiliul apreciază că suma solicitată de contestatoare

este excesivă. Cheltuielile de judecată cuprind orice cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării prezentei contestații.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, Consiliul, analizând prin prisma dispozițiilor art. 451 alin. (2) din Codul de procedură, cererea de plată a sumei de 8.778,63 lei, reprezentând onorariu avocat suportat de contestator cu ocazia soluționării contestației sale la Consiliu, apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de munca depusă de avocat dar și de **complexitatea cauzei**. Astfel, raportat la gradul relativ scăzut de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus redactarea ei, Consiliul urmează a reduce quantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de 3.000 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestatoare, în calitate de client, și avocatul ei, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 Cod civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit căreia avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător quantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, complexitatea cauzei, valoarea pricinii și proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Pentru aceste considerente, Consiliul apreciază că reducerea onorariului de la 8.778,63 lei, la suma de 3.000 lei, este în concordanță cu elementele mai sus arătate, respectiv complexitatea cauzei și, nu în ultimul rând, munca depusă de avocat, în condițiile art. 451 Cod procedură civilă contestatorul fiind îndreptățit să solicite cheltuielile de judecată, respectiv onorariu de avocat, care însă poate fi diminuat de către Consiliul, în condițiile legale menționate anterior.

Dispoziția art. 451 Cod procedură civilă este în concordanță și cu jurisprudența CEDO conform căreia un reclamant poate obține rambursarea cheltuielilor sale de judecată în măsura în care li s-au stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (9) din același act normativ, Consiliul va admite, în parte, capătul de cerere formulat de contestatoare cu privire la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 3.000 lei cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației și va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 5.778,63 lei reprezentând cheltuieli disproporționate, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ... și ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. 494/04.07.2022 privind evaluarea răspunsurilor la clarificările solicitate privind informațiile din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, respectiv mențiunile referitoare la respingerea ofertei depusă de asocieria ... și ... și, în tot, Raportul procedurii nr. 588/21.11.2022 precum și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 10 zile de la primirea prezentei să reevalueze oferta depusă de asocieria ... și ..., cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Admite, în parte, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 3.000 lei cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației și respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 5.778,63 lei reprezentând cheltuieli disproporționate, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 25 pagini.