

JAF 1055/12.07.2019



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

Nr. 26140/1090 - C8/0907.2019

Către,

**COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE
A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA**

bd. Dinicu Golescu nr 38, sector 1, București

Compania Națională de Administrare
a Infrastructurii Rutiere - S.A.

12 IUL. 2019

Nr. Inregistrare:

48994

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) 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, vă comunicăm alăturat decizia Consiliului nr. 1104/C8/1090/08.07.2019 cu privire la contestația formulată de asocierea ofertantă Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, în cadrul procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție „Drum de legătură DN5 km 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km 61+400”, coduri CPV 45233120-6 și 71322500-6.

PREȘEDINTE,



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1104 / C8 / 1090

Data: 08.07.2019

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22212/13.06.2019, depusă de asocieria formată din Cosedil SpA, cu sediul în Piazzale della Marina 1, Roma, Italia, cod de identificare fiscală RM 00512340878, reprezentată de domnul Gaetano Vecchio, și Franco Giuseppe Srl, cu sediul în str. Sonnino 13, Roccella Ionica (RC), Italia, înmatriculată la Registrul Comerțului din Roccella Ionica (RC) cu nr. REA - 123022, cod de identificare fiscală 01290430808, reprezentată de domnul Franco Ilario, asocierie reprezentată convențional de doamna avocat Cristina Victoria Alexandrescu, cu sediul ales pentru comunicarea actelor în bd. Lascăr Catargiu nr. 11A, etaj 5, apartament 25, sector 1, București, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție „Drum de legătură DN5 km 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km 61+400”, coduri CPV 45233120-6 și 71322500-6 cu data-limită de depunere a ofertelor 18.12.2017, organizată de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, cu sediul în bd. Dinicu Golescu nr 38, sector 1, București, CUI 16054368, număr de înregistrare în registrul comerțului J40/552/2004, reprezentată de domnul Ștefan Narcis Neaga - director general, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire, să îi fie atribuit contractul licitat, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocieria ofertantă Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, ulterior deciziei Consiliului nr. 2934/C8/3133/06.11.2018, autoritatea contractantă i-a transmis cererea de clarificări

Conform Caietului de Sarcini, capitolul 15.2 - Investigații anterioare construcției, Subcapitolul 15.22: „Antreprenorul va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetare arheologică, folosind instituții legal abilitate în realizarea de cercetări arheologice și agreeate de către arheologul de proiect desemnat de Beneficiar.

Și conform Subcapitolul 15.23: Antreprenorul va fi responsabil de gestionarea, facilitarea și programarea investigațiilor arheologice anterioare construcției, obținând toate aprobările și acordurile necesare.

Totodată luând în considerare cele menționate la Capitolul 15 - Investigații arheologice: Antreprenorul va nominaliza obligatoriu prestatorul/prestatorii care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică de la momentul depunerii ofertei.

Și capitolul 16 - Identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate: Antreprenorul trebuie să fie autorizat deținând în acest sens toate acreditările profesionale și administrative impuse de normele legale în vigoare (...) Antreprenorul are obligația să își asigure personal calificat corespunzător, cu experiență în domeniu în vederea atingerii obiectivelor specificate în caietul de sarcini.

Asocierea a răspuns:

Considerăm să facem mențiune de faptul că clarificarea solicitată ține de oferta prezentată și nu de documentele justificative actualizate fără însă ca această circumstanță să ne împiedice în vreun fel de la a furniza informațiile solicitate.

Astfel vă rugăm să observați că Ofertantul a nominalizat în cadrul ofertei tehnice, în mod clar și necondiționat, prestatorii care vor executa activitățile de cercetare arheologică (Institutul de Arheologie al Academiei Romane), respectiv identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate astfel:

- la paginile 0410-0411 din Propunerea tehnică regăsim Acord de colaborare nr. 308/12.12.2017, încheiat cu societatea _____ cu sediul în _____ Str.

_____ înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului reprezentată prin Director General sub nr. _____

, care confirmă faptul că realizarea activității de identificare și curățare a terenului de muniții neexplodate va fi efectuată de către societatea _____

Obiectul acordului de colaborare: „Lucrări de asanare - deminare terenuri pct. 2.3 din grafice” în baza contractului: PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM DE LEGĂTURĂ DN 5 - ȘOSEAUA DE CENTURĂ - POD PRIETENIEI KM 61 +400.

De asemenea, la pagina 0412-0414 din Propunerea tehnică regăsim oferta de preț pentru asanare-deminare nr. 149/20.11.2017 din partea societății PIROTEHNIC OSB SRL care încă o dată confirmă faptul că realizarea activității de identificare și curățare a terenului de muniții neexplodate în cadrul licitației ce are ca obiect Proiectare și execuție „Drum de legătură DN5 km. 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km. 61+400” va fi efectuată de către societatea _____

De asemenea, la pagina 0415 din Propunerea tehnică regăsim oferta pentru servicii de: evaluare preliminară, diagnostic intruziv, cercetare arheologică și supraveghere arheologică _____ din partea Institutului de arheologie _____ al Academiei Romane.

Totodată, la pagina 0142 din Propunerea tehnică regăsim programul general de execuție, în care am precizat precum urmează:

- Asigurarea investigațiilor arheologice - efectuate cu Institutul specializat: Institutul de arheologie

Resursele referitoare la manopera și utilaje sunt asigurate de Antreprenor: Asocierea Cosedil SPA - Franco Giuseppe SRL, respectiv (la solicitarea Institutului de arheologie).

- Asigurarea serviciilor de identificare și curățare a terenurilor de muniție neexplodate - efectuate cu societatea specializată

Ne-am conformat astfel indicațiilor din Caietul de Sarcini, capitolul 15.2 - Investigații anterioare construcției, Subcapitolul 15.2.2. Întrucât: Ofertantul Asocierea Cosedil SPA - Franco Giuseppe SRL va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetare arheologică, folosind un Institut legal abilitat, respectiv Institutul situat în București, institut care va efectua evaluarea preliminară, cercetarea arheologică preventivă, astfel încât va permite Antreprenorului să se conformeze prevederilor subcapitolului 15.2.3., referitor la facilitarea și programarea investigațiilor arheologice anterioare construcției, obținerea tuturor aprobărilor și acordurilor necesare.

De asemenea, Asocierea Cosedil SPA - Franco Giuseppe SRL s-a conformat cerinței de nominalizare a prestatorului/prestatorilor care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică de la momentul depunerii ofertei deoarece în cadrul Propunerii tehnice, pag. 0007, s-a nominalizat precum urmează:

„Amplasamentul lucrării de infrastructura rutieră, înaintea oricăror lucrări de execuție, necesită investigații arheologice. Acestea trebuie să se conformeze legislației romane de patrimoniu în vigoare.

Se va efectua diagnosticul arheologic intruziv pe întreg traseul obiectivului de transport rutier, se vor cerceta siturile arheologice delimitate corespunzător în teren în urma diagnosticului și se va realiza supravegherea arheologică de specialitate pe toate zonele afectate de lucrările de execuție care presupun intervenții în sol (inclusiv organizări de șantier, gropi de împrumut, etc) Pentru realizarea investigațiilor arheologice, Antreprenorul va ține cont de legislația în domeniu: Legea nr. 378/2001 (legea de adoptare de către Parlament a OUG nr. 43/2000), Legea nr. 422/2001, Legea nr. 258/2006, OMCC nr. 2071/2000, OMCC nr. 2392/2004, OMCPN nr. 2562/04.10.2010 și OMCPN 2178/17.03/2011

Pentru desfășurarea acestei activități Antreprenorul a încheiat un acord cu Institutul de Arheologie al Academiei Romane.

De asemenea, Asocierea Cosedil SPA - Franco Giuseppe SRL s-a conformat cerinței conform Cap. 16: Identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate deoarece în baza Acordului de colaborare nr. încheiat cu societatea SRL asigură personal calificat corespunzător, cu experiență în domeniu în vederea atingerii obiectivelor specificate în caietul de sarcini.

Cu nr. , autoritatea formulează o nouă cerere de clarificări:

1. Constatare:

la verificarea celor declarate de dumneavoastră în răspunsul la solicitarea de clarificări s-au identificat:

- Acordul de colaborare nr. și oferta de preț nr. în valoare de lei, fără TVA, I pentru realizarea serviciilor de cercetare, identificarea terenului, asanare și deminarea muniției neexplodate;

- Oferta de preț nr. a Institutului de Arheologie, al Academiei Romane, în valoare de , fără TVA pentru diagnosticul arheologic intruziv pe întreg traseul obiectivului de transport rutier, se vor cerceta siturile arheologice delimitate corespunzător în teren în urma diagnosticului și se va realiza supravegherea arheologică de specialitate pe toate zonele afectate de lucrările de execuție care presupun intervenții în sol (inclusiv organizarea de șantier și gropile de împrumut).

Ați precizat faptul că pentru desfășurarea acestei activități ați încheiat un acord cu Institutul de Arheologie al Academiei Romane „Vasile Pârvan” dar NU ați transmis nici acordul nici nu ați menționat numărul și data încheierii acestui acord.

Răspunsul încărcat în SEAP conține:

Așa cum am precizat și în răspunsul nostru anterior, Ofertantul Asocierii Cosedil SPA - Franco Giuseppe SRL va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare, prin colaborare cu un Institut legal abilitat, respectiv Institutul de Arheologie al Academiei Române, situat în Strada București.

Raportat strict la aceasta ultimă constatare a Comisiei de Evaluare dorim să vă aducem la cunoștință că subscrisa am negociat cu Institutul de Arheologie al Academiei Române, condițiile acordului de prestări servicii care s-a materializat corect atât în oferta de preț (pe care o atașăm) cât și într-un acord separat al cărui elemente se regăsesc în oferta de preț.

În orice caz, pentru evitarea oricărui echivoc atașăm la prezenta documentația ulterioară reținută edificatoare (Oferta de Preț și Acord de prestări servicii) și rămânem la completa dispoziție pentru orice fel de detalii pe care le veți reține necesare ulterior, pe fondul celor de mai sus.

În acest context și la o distanță de mai mult de două luni față de acest răspuns, autoritatea a emis adresa nr.

, de respingere a ofertei, aducând argumente care:

- nu sunt susținute de niciun articol de lege; autoritatea nu indică un temei legal în susținerea raționamentului care stă la baza deciziei de a declara inacceptabilă oferta;

- nu sunt susținute de niciun criteriu de calificare și selecție, conform documentației de atribuire;

- nu sunt susținute nici măcar prin prisma unui raționament logic și juridic;

- nu se regăsesc în clarificările solicitate.

În cadrul adresei nr. _____ autoritatea a reținut că, raportat la răspunsul din data 09.01.2014 (răspuns la adresa autorității nr. _____):

Documentele prezentate nu oferă informații legate de modalitatea în care vor fi realizate cele două activități. Metodologiile de realizare nu au fost incluse în oferta inițială, ceea ce ne-a determinat să solicităm clarificarea acestor aspecte. Faptul că cele două activități se regăsesc în graficul de prețuri nu oferă informații și nici siguranța că vor fi duse la bun sfârșit conform cerințelor din documentația de atribuire. De altfel oferta de preț transmisă de Muzeul de Arheologie _____ nu este o ofertă fermă, muzeul având dreptul de a-și modifica oferta de preț în funcție de volumul lucrărilor așa cum reiese din aceasta.

Față la acest prim „argument” al autorității se impune precizarea că în speță nu este implicat niciun muzeu, fiind vorba despre Institutul de Arheologie _____. Pe de altă parte nu există legătură aparentă între clarificările solicitate cu privire la cerințele prevăzute în documentația de atribuire – limitate la îndeplinirea obligațiilor cu privire la investigațiile arheologice conform legii și la indicarea unor prestatori de specialitate în acest sens – și cele invocate în adresa atacată, în legătură cu (i) metodologiile de prestare a serviciilor, (ii) la „siguranța” conferită autorității contractante sau (iii) la certitudinea absolută cu privire la fermitate ofertei formulate.

Este *in re ipsa* că un acord contractual cu privire la „investigații arheologice” este în mod obligatoriu supus eventualității unei modificări cantitative în măsura în care investigațiile conduc la descoperirea unor noi situri etc.

Cu privire la „siguranța” invocată de către autoritate legat de ducerea la bun sfârșit a obligațiilor contractuale conform documentației de atribuire, pe de-o parte, aceasta nu reprezintă o cerință sau criteriu de calificare, iar pe de altă parte este surprinzător faptul că autoritatea ignoră că, pentru asemenea „temeri” și riscuri, subzista instituția garanției de bună execuție.

În mod analog, metodologiile nu reprezintă un criteriu de calificare și selecție, iar în documentația de atribuire nu este prevăzută obligativitatea descrierii detaliate a respectivei activități. Tocmai de aceea se impune și se solicită indicarea unui prestator specializat, cum în speță a fost desemnat Institutul _____ al Academiei Române, depunându-se un acord contractual valid din punct de vedere juridic cu această instituție.

În adresa nr. _____, 04.06.2019, autoritatea a ținut să argumenteze: *„De asemenea din analiza documentelor prezentate nu rezulta calitatea contractuală a celor doi prestatori, conform Legii nr. 98/2016, și anume cea de subcontractor sau furnizor.”*, invocând definiția dată subcontractanților de art.3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016. Ulterior lansării acestei teze, autoritatea raționează, în încercarea de a afirma că prestațiile având ca obiect investigațiile arheologice ar fi devenit componente ale activității principale și, pe cale de consecință, s-ar fi impus *„nominalizarea celor care urmau să le realizeze ca subcontractanți nu ca și furnizori, întrucât aceștia au altă definiție la litera w) din actul legislativ anterior menționat”*, iar societatea ar fi trebuit să îi desemneze drept subcontractanți *ab initio* și să depună depună DUAЕ.

Documentația de atribuire se referă în mod explicit la „prestatori” de servicii, așa cum, de altfel, este reluat chiar în adresa atacată, unde autoritatea contractanta însăși reia prevederile caietului de sarcini: *„Capitolul 15 - Investigații arheologice: Antreprenorul va nominaliza obligatoriu prestatorul/prestatorii care va/vor executa activitatea de cercetare arheologica de la momentul depunerii ofertei”*;

Autoritatea este obligată la respectarea prevederilor de lege și a celor stabilite în documentația de atribuire, pe care nu le poate interpreta și modifica după bunul plac, *ex post*, după aproape doi ani de la depunerea ofertelor în cadrul procedurii de achiziție publică, timp în care operatorii economici au susținut și susțin cheltuieli considerabile pentru a menține fermitatea ofertei și a garanțiilor.

Asocierea Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL a întocmit metodologia de realizare a lucrării proiectare și execuție „Drum de legătura DN5 km 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km 61+400” cu respectarea integrală a tuturor cerințelor formulate în documentele licitației. În niciunul dintre documentele la baza procedurii de atribuire nu se solicita prezentarea unei metodologii separate și specifice de realizare a activităților de deminare și de

investigații arheologice. Acest lucru este absolut normal, întrucât, cum precizează și autoritatea contractantă, atât în adresa nr.

04.06.2019 - Informare finalizare proces de reevaluare, cât și în cuprinsul documentației de atribuire, cele două activități (de investigații arheologice și de asanare a șantierului de orice muniții) sunt de pregătire a terenului, deci activități preliminare celei principale, care constituie obiectul licitației.

În caietul de sarcini, cap. 15.2 - Investigații anterioare construcției, subcap. 15.22, se precizează: „Antreprenorul va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare privind aprobarea procedurilor de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică folosind instituții legal abilitate în realizarea de cercetări arheologice și agreeate de către arheologul de proiect desemnat de către Beneficiar.”

Totodată, la cap. 15 - Investigații anterioare, se menționează: „Antreprenorul respectă prevederile legislației române în vigoare referitoare la cercetarea arheologică preventivă (cu etapele definite de Ordonanța Guvernului nr. 43/2000 republicată și în Ordinul Ministrului Culturii nr. 2392/2004 și prevederile Ordinului Ministrului Culturii nr. 2562/2010 privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică) utilizând entități abilitate și aprobate de Arheologul de Proiect desemnat de Beneficiar. Costurile de realizare a cercetării arheologice cât și alte costuri, riscuri și responsabilități aferente investigațiilor și obținerii avizelor și certificatelor de descărcare de sarcina arheologică sunt incluse în suma prevăzută de către Antreprenor pentru aceasta activitate.” Conform clauzei reproduse, asocierea a prezentat acordul de prestări servicii nr. 16.11.2017 încheiat cu Institutul de Arheologie „I” al Academiei Române care este o entitate abilitată.

În baza ofertei de preț nr. 15.11.2017, asocierea a respectat cerința de a prevedea, în prețul ofertat, costurile cu aceste operațiuni. Antreprenorul și-a asumat riscurile enunțate mai sus și în capitolul specific riscurilor. Mențiunea că oferta Institutului de Arheologie „I” nu este fermă este redundantă, având în vedere asumarea riscurilor de către antreprenor și existența garanției de buna execuție.

În ceea ce privește activitatea de asanare a șantierului de orice muniții, în caietul de sarcini la punctul 4.3.2, este indicat: „Înainte de începerea oricărui tip de lucrări, Antreprenorul va realiza inspecții pe întregul șantier pentru a identifica eventualele muniții neexplodate. Pentru executarea acestor inspecții, Antreprenorul va respecta legislația română aplicabilă și va angaja, dacă este cazul, personal specializat pentru executarea acestor inspecții. Antreprenorul își va include în Oferta Financiară toate costurile referitoare la asanarea terenului de muniție și va fi responsabil de orice întârziere care

survine ca urmare a faptului că aceste inspecții nu au fost efectuate sau nu au fost efectuate corespunzător."

Asocierea Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL a încheiat acordul de colaborare nr. 12.12.2017 cu societatea abilitată și acreditată în vederea executării, dacă este cazul, a activității de deminare, conform normativelor în vigoare. În oferta financiară, conform indicațiilor din caietul de sarcini, au fost prevăzute costurile aferente, în baza ofertei de preț nr. 20.11.2017.

Activitățile de investigații arheologice și de asanare a șantierului de muniții sunt de pregătire a terenului, deci preliminar activității principale, și reprezintă . . . și . . . , însumând % din valoarea totală ofertată a contractului.

În continuare, reclamanta expune motivarea în drept a demersului său.

La 25.06.2019 este primită la Consiliu adresa autorității nr. 92/44088/24.06.2019, prin care sunt înaintate documentele dosarului achiziției publice în format electronic, respectiv pe suport DVD.

Ulterior, autoritatea formulează punctul său de vedere asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 25441/04.07.2019, în care susține în apărare că, în urma deciziei nr. 2934/C8/3133/16.11.2018, prin care a fost admisă contestația precedentă a asocierii și s-a dispus anularea procesului-verbal intermediar nr. 17 (nr. 13B/4764/12.10.2018), precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă a fost obligată să demareze procesul de reevaluare a ofertei depuse de asociere.

Declarația contestatoarei, potrivit căreia decizia autorității nu este susținută de lege, este eronată, întrucât termenul de subcontractant este definit de Legea nr. 98/2016 drept: „*orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*”, care nu poate deține calitatea de furnizor („*entitate care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant*”).

În conformitate cu fișa de date a achiziției, secțiunea II.1.5), obiectivul principal al contractului îl reprezintă proiectarea și execuția lucrărilor „Drum de legătura DN 5 Km 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km 61+400”. Subcontractarea este necesară pentru orice prestații ce constituie obiectul principal al contractului. Specificațiile tehnice sunt detalii semnificative, obligatorii ale obiectului achiziției. Capitolul 15.2 – Investigații anterioare construcției, subcapitolul 15.22 și subcapitolul 15.23, cât și capitolul

16 – Identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate din cerințele beneficiarului, prevăd în mod expres ca aceste activități se realizează de către terțe persoane autorizate/specializate în efectuarea respectivelor operațiuni. Astfel că, pentru orice activitate care face parte din obiectul contractului de achiziție publică, și este îndeplinită de către un terț, acesta va avea statutul juridic al unui subcontractant.

Importanța cotării și necesitatea subcontractării activităților constând în „Asigurarea investigațiilor arheologice și a asistentei tehnice arheologice” și „Identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate” pe durata execuției lucrărilor este cu atât mai relevantă cu cât legislația specifică prevede că astfel de operațiuni pot fi derulate numai de către personal de specialitate, atestat și/sau autorizat, fiind incidente următoarele dispoziții:

- art. 3 alin. (3) din Ordonanța Guvernului nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes (*„cercetarea arheologică se realizează în condițiile prezentei ordonanțe, de către personalul de specialitate atestat și înregistrat în Registrul arheologilor, conform prevederilor Regulamentul săpăturilor arheologice din România, precum și cu respectarea normelor privind standardele și procedurile arheologice și în acord cu principiile Codului deontologic și arheologilor din România”*);

- art. 46 din Legea nr. 481/2004 privind protecția civilă (*„Asanarea terenului și neutralizarea muniției ramase neexplodate din timpul conflictelor armate se execută de către subunități specializate și specialiști pirotehnici din serviciile de urgență profesionale din subordinea Inspectoratului General pentru Situații de Urgență, potrivit instrucțiunilor și normelor tehnice elaborate de IGSU și aprobate prin Ordin al Ministrului Internelor și Reformei Administrative”*).

Particularitatea acestor activități prevăzute în specificațiile tehnice denota faptul că nu puteau fi îndeplinite de către antreprenor, decât prin terți și anume prin implicarea personalului autorizat și de specialitate.

Activitățile de deminare și asistență arheologică nu sunt activități incidentale. Tocmai această caracteristică specială face ca ofertantii să cunoască încă de la elaborarea ofertei, în funcție de propriile resurse, că acestea vor fi executate de terți subcontractanți, fiind incluse în obiectul contractului. Rezultă că, pentru activitățile de deminare și asistență arheologică devine aplicabil art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016 cu privire la notiunea de subcontractant, respectiv, cele două activități la care facem referire mai sus, fac parte din obiectul contractului, ceea ce înseamnă că pot fi realizate doar prin subcontractare.

Astfel, asocierea avea obligatia de a indica concret în cadrul ofertei, modalitatea de asigurare a acestor activități prin personal specializat, în acest sens prin intermediul unui subcontractant prin referiri concrete la documentele din cadrul ofertei, fiind cunoscut faptul ca aceste activitati fac parte din obiectul contractului, în etapa de pre construcție.

Din cuprinsul documentației de atribuire rezultă ca activitățile respective sunt componente ale activității principale, deci fac parte din contract, ceea ce înseamnă că, pentru prestarea lor, trebuia prezentat personal specializat și alocat buget în cadrul ofertei.

„Graficul de Plăți

Ref	Activitate/Categorie de lucrări	Pret
2	Activitate: Preconstrucție	
2.2.	Asigurarea investigatiilor arheologice si a asistentei tehnice arheologice	
2.3	Identificarea si asanarea Santierului de orice munitii"	

De altfel, în caietul de sarcini s-a solicitat să fie realizate și următoarele activități:

- capitolul 15.2 – Investigatii anterioare constructiei,

Subcapitolul 15.22:

„Antreprenorul va realiza investigatiile arheologice in conformitate cu prevederile legislatiei romanesti in vigoare privind aprobarea procedurii de acordare a autorizatiilor pentru cercetare arheologica, folosind institutii legal abilitate in realizarea de cercetari arheologice si agreeate de catre arheologul de proiect desemnat de catre Beneficiar”;

Subcapitolul 15.23:

„Antreprenorul va fi responsabil pentru gestionarea, facilitarea si programarea investigatiilor arheologice anterioare constructiei obtinand toate aprobarile si acordurile necesare.”

Totodată, luand in considerare cele menționate în capitolului 15 – Investigatii anterioare: *„Antreprenorul va nominaliza obligatoriu prestator/prestatorii care va/vor executa activitatea de cercetare arheologica de la momentul depunerii ofertei”.*

Capitolul 16 – Identificarea si curățarea terenului de muniții neexplodate:

„Antreprenorul trebuie sa fie autorizat sa execute lucrari de asanare si deminare detinand in acest sens toate acreditările profesionale si administrative impuse de normele legale in vigoare (...). Antreprenorul are obligatia sa isi asigure personal calificat corespunzator, cu experienta in domeniu in vederea atingerii obiectivelor specifice in caietul de sarcini.

De asemenea, Antreprenorul trebuie sa aiba in dotare detectoare de mare adancime si mijloace de transport pentru munitia descoperita si orice alte echipamente conform reglementarilor legale in vigoare pentru acest tip de activitate.

Antreprenorul va desemna responsabil cu executia pe durata contractului care va participa la convocarea Beneficiarului, la intalnirile intre Beneficiar, Antreprenor si Inginer si la orice intalniri pe care Beneficiarul le va solicita in mod expres."

În fișa de date a achiziției, cap. III. 2.3) Capacitatea tehnica si/sau profesională, autoritatea a solicitat în mod expres ofertanților să precizeze partea/părțile din contract pe care intentionează să o/le subcontracteze: „Ofertantii vor incarca in SEAP, impreuna cu DUAE si cu oferta, acordul/acordurile de subcontractare incheiate intre ofertant si subcontractantul/subcontractantii nominalizat/nominalizati in oferta, astfel incat activitatile ce revin acestuia/ acestora, precum si procentul aferent prestatilor, sa poata fi cuprinse in contractul de subcontractare ce va fi prezentat la încheierea contractului de achiziție publică. Acestea trebuie sa contina cel putin urmatoarele elemente: numele, datele de contact, reprezentanții legali ai subcontractantului; activitatile ce urmeaza a fi subcontractate; procentul de subcontractare, optiunea privind realizarea plăților direct către subcontractant. In conformitate cu prevederile art. 218 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, Autoritatea contractanta are obligatia de a solicita, la încheierea contractului, prezentarea contractului/contractelor încheiate între contractant si subcontractantul/subcontractanții nominalizat/nominalizați in oferta. Contractul/Contractele de subcontractare prezentate la încheierea contractului de achizitie publica vor conține cel puțin informațiile din acordul/acordurile de subcontractare prezentate in cadrul ofertelor, vor conține valoarea la care se ridica partea/partile subcontractate, vor fi in concordanta cu oferta si se vor constitui in anexa la contractul de achiziție publică."

Având în vedere că, la depunerea ofertei, nu au fost declarați subcontractanții care realizau activitățile de cercetare arheologică și identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate, autoritatea s-a văzut nevoită să solicite clarificări privind modul în care ofertantul va duce la îndeplinire obiectul contractului.

Prin adresa nr. 07.01.2019, transmisă către asociere, i-au fost solicitate mai multe clarificări, între care clarificarea îndeplinirii cerințelor beneficiarului, în ceea ce privește capitolele 15 și 16 din caiet. Autoritatea a solicitat ofertantului clarificări pentru a vedea dacă și în ce măsură oferta depusa este sustenabilă, viabilă și licită, astfel încât să poată stabili cu claritate posibilitatea de a executa respectivele lucrări. Solicitarea de clarificări a avut drept scop clarificarea și stabilirea cu certitudine a modului de executare a celor două activități din cerințele beneficiarului.

Asocierea a răspuns, prin adresa nr. 09.01.2019. În ceea ce privește îndeplinirea cerinței capitolului 15 - Investigații anterioare construcției, subcapitolul 15.22 a declarat ca a încheiat un acord de colaborare cu privire la diagnosticul arheologic intruziv, cercetarea

arheologica si supravegherea arheologica de specialitate. A precizat ca a negociat cu Institutul de Arheologie ' al Academiei Române condițiile acordului de prestări servicii care s-au materializat în oferta de preț nr. /15.11.2017 si acordul de prestări servicii nr. /16.11.2017. Cu privire la capitolul 16 – Identificarea si curățarea terenului de muniții neexplodate, a făcut trimitere la pag. 410 și 411 din propunerea tehnică, unde se regăsește acordul de colaborare nr. /12.12.2017, încheiat cu societatea SRL, alături de oferta de preț nr. 1 /20.11.2017 de la pag. 412-414, în care operatorul economic are calitatea de subcontractant.

Asocierea a recunoscut, prin oferta depusă, că nu dispune de personal propriu specializat/autorizat sau atestat pentru îndeplinirea activităților de cercetare arheologică, respectiv identificarea și asanarea de muniții. A declarat că urmează să îndeplinească aceste activități prin intermediul unor terți, la ofertele cărora s-a raportat pentru a cota aceste articole de lucrări, pe care îi consideră simpli prestatori.

În conformitate cu art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, „în cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți”, însemnând că astfel de terți care realizează prestații din obiectul contractului sunt, în realitate, subcontractanți, ceea ce exclude încadrarea lor la simpli prestatori.

Particularitatea celor două activități din specificațiile tehnice – asistența tehnică arheologică și deminarea – de a nu putea fi îndeplinite decât de personal autorizat și de specialitate impune ca ofertanții să cunoască încă de la elaborarea ofertei, în funcție de propriile resurse, dacă vor recurge la terți subcontractanți sau vor realiza aceste activități în regie proprie. Terții care realizează prestații din obiectul contractului sunt subcontractanți, iar ofertanții aveau obligația de a îi declara în DUAE.

Documentele prezentate nu oferă informații legate de modalitatea în care vor fi realizate cele două activități, ceea ce a determinat comisia de evaluare să solicite clarificarea acestor aspecte. Faptul că cele două activități se regăsesc în graficul de preturi nu oferă informații și nici siguranța că vor fi duse la bun sfârșit. De altfel, oferta de preț transmisă de Institutul de Arheologie

nu este fermă, institutul având dreptul de a o modifica în funcție de volumul lucrărilor: *„Estimarea pentru cercetarea arheologică preventivă a unui-doua situri. În situația identificării a mai multor situri arheologice, în urma diagnosticului arheologic, sapaturile arheologice care se vor efectua în vederea descărcării de sarcini, vor fi estimate în raport cu suprafețele identificate. Aceste obiective vor fi negociate în mod separat, în urma atribuirii prin licitație a proiectului «Proiectare și execuție Drum de legătura DN 5 Km 60+500 - Soseaua de Centura - Pod Prieteniei km 61+400».”*

De asemenea, din analiza documentelor prezentate, nu rezultă calitatea contractuală a celor doi prestatori, conform Legii nr. 98/2016, și anume de subcontractor sau furnizor.

În cadrul unei alte proceduri de achiziție publică, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a emis decizia civilă nr. 5067/2018, prin care a subliniat că activitatea de descărcare arheologică și activitatea de asanare a terenului și neutralizare a muniției ramase neexplodate nu pot fi realizate decât prin subcontractare, de către subcontractanți declarați încă de la faza depunerii ofertei.

Aceeași concluzie legată de modul de realizare a celor două activități, cum ca acestea pot fi realizate doar prin subcontractare, reiese și din decizia civilă nr. 5133/2018 emisă de aceeași instanță, în care s-a reținut obligația de a preciza partea/părțile ce urmează a fi subcontractata/subcontractate și de a indica subcontractantul/subcontractanții aferenți, ofertantul având obligația subsecventa de a completa părți suplimentare ale formularului DUAЕ, iar subcontractanții nominalizați sunt, la rândul lor, obligați să depună formularele DUAЕ separate.

Odată ce terții îndeplinesc cele două activități sunt calificați drept subcontractanți și este exclusă posibilitatea tratării lor ca simpli prestatori de servicii.

Într-o speță similară, în care ofertantul nu a nominalizat subcontractanți pentru activitatea de deminare și activități de cercetare arheologică, Consiliul, în decizia nr. 3492/C7/4468/29.12.2017, a reținut: „[...] toate aceste activități intră în sfera noțiunii de subcontractare, așa cum este definită de lege, deoarece ele sunt incluse în obiectul contractului și urmează a fi îndeplinite de către terțe persoane iar nu de către Ofertant însuși”.

Prin urmare, legea achizițiilor publice și documentația de atribuire prevăd necesitatea declarării subcontractanților pentru orice activitate inclusă în obiectul contractului și prestată prin terți. Astfel, o ofertă depusă, formulată în baza unor raporturi cu terți, declarați subcontractanți la momentul depunerii ofertelor, face dovada că este sustenabilă, viabilă și licită, cu respectarea tuturor prevederilor legale, în vederea îndeplinirii obiectului contractului.

Toți participanții la procedura de achiziție publică aveau obligația declarării ca subcontractanți a eventualilor terți, prin care se îndeplinesc cele două activități, o abatere de la aceasta prevedere, determină încălcarea principiului tratamentului egal.

Asocierea trebuia să declare în DUAЕ dacă intenționează să subcontracteze vreo parte din contract, însă nu a nominalizat niciun subcontractant cu privire la aceste două activități.

Drept urmare, oferta depusă de asociere a fost declarată inacceptabilă, pentru motivele evocate mai sus.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. 179743, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 12.10.2017, autoritatea contractantă Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii și lucrări de proiectare și execuție „Drum de legătură DN5 km 60+500 - Șoseaua de Centură - Pod Prieteniei km 61+400”, estimate valoric la 155.405.539 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 12.10.2017, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost depuse șapte oferte, între care și aceea a asocierii Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL, respinsă ca inacceptabilă, în etapa finală de analiză a documentelor justificative prezentate în vederea dovedirii îndeplinirii criteriilor de calificare, prin procesul-verbal intermediar nr. 17 (nr. /12.10.2018). Împotriva acestei respingeri, asocieria a depus contestația nr. /19.10.2018, care a fost soluționată de forul administrativ-jurisdicțional prin decizia nr. 2934/C8/3133/16.11.2018, după cum urmează:

Respinge excepțiile invocate de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.

Admite contestația depusă de COSEDIL SPA, în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., anulează procesul-verbal intermediar nr. 17, înregistrat sub nr. 12.10.2018, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de asocieria al cărei lider este COSEDIL SPA, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererea de plată a cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, formulată de COSEDIL SPA.

Obligatorie.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la clarificarea (dacă, în continuare avea neclarități) și la reevaluarea atentă a ofertei în discuție, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu.

În acest scop, au fost cerute clarificări asocierii, prin adresele nr. /07.01.2019 și /21.03.2019, iar, în urma analizării răspunsurilor primite, a fost întocmit procesul-verbal de reevaluare nr. 3 (/04.06.2019), prin care oferta asocierii a fost respinsă, ca inacceptabilă. Împotriva respingerii, comunicată cu adresa nr. /04.06.2019, pentru motivele evocate mai sus, asocieria de întreprinderi Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL s-a adresat Consiliului, în interiorul termenului legal de zece zile

prescris la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu soluționarea contestației nr. 22212/13.06.2019, care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea amintită. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, *care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă*. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de

tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal de reevaluare nr. 3 (1 /04.06.2019), rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 13.06.2019, asocierea a reacționat

prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În esență, disputa este cauzată de opinia companiei achizitoare că activitățile constând în „asigurarea investigațiilor arheologice și a asistenței tehnice arheologice” și „identificarea și curățarea terenului de muniții neexplodate” pe durata execuției lucrărilor trebuie realizate de operatori specializați declarați subcontractanți.

Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că aceste activități au fost cuprinse în caietul de sarcini obligatoriu de respectat, însemnând că sunt incluse în obiectul contractului, vizând etape de pre construcție. De altminteri, aceste activități trebuiau și au fost bugetate de ofertanți.

Astfel cum a punctat și reclamanta, în caiet s-a solicitat:

a) capitolul 15.2 – Investigatii anterioare constructiei (pag. 96)

- subcapitolul 15.2.2:

„Antreprenorul va realiza investigatiile arheologice in conformitate cu prevederile legislatiei romanesti in vigoare privind aprobarea procedurii de acordare a autorizatiilor pentru cercetare arheologica, folosind institutii legal abilitate in realizarea de cercetări arheologice si agreeate de către arheologul de proiect desemnat de către Beneficiar”;

- subcapitolul 15.2.3:

„Antreprenorul va fi responsabil pentru gestionarea, facilitarea si programarea investigațiilor arheologice anterioare construcției obținând toate aprobările si acordurile necesare.”

b) capitolul 16 – Identificarea si curățarea terenului de muniții neexplodate (pag. 97):

„Antreprenorul trebuie sa fie autorizat sa execute lucrări de asanare si deminare deținând in acest sens toate acreditările profesionale si administrative impuse de normele legale in vigoare (...). Antreprenorul are obligația sa isi asigure personal calificat corespunzător, cu experiență în domeniu in vederea atingerii obiectivelor specifice in caietul de sarcini.

De asemenea, Antreprenorul trebuie sa aiba in dotare detectoare de mare adâncime și mijloace de transport pentru muniția descoperită si orice alte echipamente conform reglementarilor legale in vigoare pentru acest tip de activitate.

Antreprenorul va desemna responsabil cu executia pe durata contractului care va participa la convocarea Beneficiarului, la intalnirile intre Beneficiar, Antreprenor si Inginer si la orice intalniri pe care Beneficiarul le va solicita in mod expres.”

Este veridic faptul că organizatoarea licitației nu a specificat expres că prestatorii investigațiilor arheologice și asanării/deminării trebuie să fie nominalizați ca subcontractanți și să depună DUAE propriu.

În practica instanțelor de judecată a fost statuat că, în condițiile în care ofertantul a declarat că nu participă la licitație în asociere, cu subcontractanți sau cu susținători, nu poate fi luat în considerare contractul de colaborare cu o persoană fizică autorizată pentru îndeplinirea cerinței dispunerii de un responsabil tehnic cu execuția în domeniul instalațiilor electrice – Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 5200 din 23 iunie 2014.

Asociații/subcontractanții/terții susținători trebuie menționați în ofertă. Nu poate fi acceptată menționarea lor ulterior depunerii ofertei. Dacă nu au fost menționați, ei nu pot executa vreo lucrare în cadrul contractului (Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 8066 din 18 decembrie 2014).

Din situația faptică expusă se observă că asocierea ofertantă nu a declarat că activitățile în referință vor fi realizate de subcontractanți implicați în execuția contractului. În atari circumstanțe, Consiliul observă că oferta nu include subcontractarea respectivelor activități, ca parte determinată din contract care urmează a fi executată de către Institutul de Arheologie și SC SRL.

Interpretarea dată de Curtea de Apel București într-o speță similară, semnalată Consiliului de compania investitoare, este pertinentă și concludentă. Cele statuate de instanță sunt opozabile și Consiliului, prin prisma art. 431 alin. (2) C. proc. civ. („*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.*”), mai ales că organul administrativ este ținut de obligația asigurării practicii unitare prin soluțiile pe care le pronunță. Cap. VII din Legea nr. 101/2016 pune accent pe prevenirea pronunțării de către Consiliu a unor soluții diferite în cauze similare. Curtea de Apel București a statuat:

Potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr.98/2016, furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop; potrivit art. 55 din lege: (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare: a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare. Potrivit art. 174 din lege, Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv. Există obligația de declarare a subcontractanților, art. 193 alin.3 din Legea nr.98/2016: În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit.

b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

Activitățile de deminare și asistență arheologică făceau parte din obiectul contractului (execuție lucrări + toate activitățile indicate în lista de cantități, conform specificațiilor tehnice), deci prin raportare la noțiunea de subcontractant de la art. 3 lit.yy), îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, deci era necesară indicarea subcontractanților, nu a unor furnizori, întrucât aceștia au alta definiție la litera w).

Restul criticilor recurente pornind de la fila 18 la fila 33 se încadrează în disp. art. 488 alin.1 pct.8 cpciv. "când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material" și sunt formate din trei părți:

a) În ce privește încălcarea art. 3 alin.1 lit.w) din Legea nr.98/2016, art. 30 alin.6 din HG nr.394/2016 cu referire la chestiunea serviciilor de arheologie și de deminare în sensul dacă se pot presta de "furnizori" sau de "subantreprenori": în mod greșit apreciază recurenta că "în cazul serviciilor de arheologie și de deminare nu este necesară subcontractarea, întrucât documentația nu conține o astfel de solicitare". Curtea a constatat că dimpotrivă serviciile de arheologie și de deminare sunt menționate în documentația de atribuire, respectiv în specificațiile tehnice (fila 309 din vol.I care începe cu "Strategia de contractare", volum aflat în Cutia 1 intitulată "Documentația ce a stat la baza întocmirii dosarului de achiziții publice, la dosar nr.XXXXXXXXXXX). Astfel specificațiile tehnice cuprind la pct.II.1.15 litera C și pct.II.1.16 (fila 323) serviciile de arheologie și de identificare și eliberare a zonelor de muniții neexplodate. Deci aceste servicii fac parte din documentația contractului. **Prin urmare, art.3 lit.yy) privind subcontractantul era aplicabil: subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică. Aceste servicii nu se pot presta de furnizorii de la art.3 lit.w, ci de subcontractanți definiți conform art.3 lit.yy).** Rezultă că nu este incident nici art. 30 alin.6 din HG nr.394/2016. Potrivit art. 155 din Legea nr.98/2016, Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției. Prin urmare, specificațiile tehnice sunt detaliile semnificative, obligatorii ale obiectului achiziției;

b) **Referitor la încălcarea art.2 alin.2 lit.a, b, d, e din Legea nr.98/2016, pentru că nu s-a dat efect faptului că oferta reclamantei a fost formulată în baza unor raporturi cu terții furnizori pentru serviciile menționate și litera a) mai sus: reclamanta reia din nou ceea ce a reținut greșit inițial, că documentația de atribuire nu ar prevedea serviciile de arheologie și de deminare. Sunt valabile argumentele instanței de la litera a).** Cauza Lianakis C-532/06 nu este aplicabilă, deoarece specificațiile tehnice prevedeau la pct.II.1.15 litera C și pct.II.1.16 (fila 323) serviciile de arheologie și de identificare și eliberare a zonelor de muniții neexplodate, or acestea pot fi executate doar de subcontractanți, nu de furnizori, din cauza modului de definire a noțiunilor la art. 3 lit.w și lit.yy din Legea nr.98/2016. Atâta timp cât specificațiile erau clare, nu era necesară o clarificare sub acest aspect, iar cauza C-599/10 nu-și găsește nici aceasta aplicare în speță. Situația S_____ este diferită de cea a Tirena, întrucât reclamanta a insistat pe noțiunea de furnizori, în loc de subcontractanți, deci nu se poate discuta de o discriminare sau lipsă de transparență din partea autorității. **Aceste nu este un aspect pur formal, deci respingerea ofertei sale care folosea noțiunea de furnizori nu este pur formală, întrucât fiecare noțiune "furnizor" vs."subcontractant" are conținut și obligații subsecvente diferite care rezultă din textele Legii nr.98/2016.** Autoritatea nu are obligația de a clarifica noțiuni care sunt clar definite de Lege;

c) În ceea ce privește critica referitoare la încălcarea art. 2 alin.2 lit.b, d și e din Legea nr.98/2016, pentru că nu s-ar fi aplicat același raționament egal și ofertei Tirena S_____: serviciile de asigurare a asistenței tehnice din partea proiectantului, deși localizate în specificațiile tehnice la pct.II.1.15 lit.B, nu impun numirea unui subcontractant, pentru că obligația contractuală nu era de proiectare, ci de executare a lucrărilor. Un proiectant

al unor lucrări are deja o obligație statutară, legală potrivit art. 23 lit.h din Legea nr.10/1995 privind calitatea în construcții. Deci prezența sa nu este în temeiul contractului, ci legea specială o impune pentru proiectele deja elaborate: Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: asigurarea asistenței tehnice, conform clauzelor contractuale, pentru proiectele elaborate, pe perioada execuției construcțiilor sau a lucrărilor de intervenție la construcțiile existente. Este o obligație legală de urmărire a respectării proiectului deja elaborat. Deși aceasta se putea aduce la îndeplinire prin indicarea proiectantului ca și subcontractant, nu este o omisiune fundamentală care să conducă la admiterea recursului și acțiunii reclamantului, în primul rând pentru că din formulările diferite ale specificațiilor tehnice cu privire la "asistență arheologică", "deminare", respectiv "asigurarea asistenței proiectantului" rezultă că pentru pct. II.1.15 C și II.1.16 termenii fermi sunt în sensul obligației Antreprenorului de a "aciona" ("să asigure acțiuni necesare în scopul protejării săpăturilor arheologice" sau "să ia măsuri de curățare și asanare de orice muniții"). În schimb, pentru pct.II.1.15.B există "responsabilitatea asigurării asistenței tehnice din partea proiectantului", dar nu se stipulează acțiuni în sarcina Antreprenorului, ceea ce subliniază prin formulare că natura acestei obligații este diferită de celelalte două, cu un impact obligațional diferit, deci nu se impune o tratare a lor sub aceeași discuție a subcontractării.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 51 alin.3 din Legea nr.101/2016, considerând pe rând nefondate criticile recurente reclamate A___ S___ S___ E___ C___ E L___ S.A. - S___ ROMÂNIA S.R.L., va respinge excepțiile ca neîntemeiate și recursul, ca nefondat. (decizia civilă nr. 5133 din 5 octombrie 2018, disponibilă la <http://www.rolii.ro/hotarari/5c107b63e490099c1d000616>)

Elocventă este și decizia civilă nr. 5067 din 4 octombrie 2018 a aceleiași instanțe de judecată, disponibilă la <http://www.rolii.ro/hotarari/5c107b1de490099c1d000094>, din care redăm:

În ceea ce privește recursul Asocierii N___ V___ Infrastructură și S___ SRL- S___ Corporation Limited (recursul S___), Curtea îl va respinge ca nefondat pentru următoarele considerații: [...]

2. Referitor la fondul contestației în sensul că „fișa de date a achiziției nu ar fi impus ofertanților declararea subcontractanților pentru **activitățile de asistență arheologică și deminare**”, Curtea consideră nefondat și acest argument:

- obiectul contractului stabilit în secțiunea a-II-a a Fișei de date a achiziției la pct.I.1.5 prevede că obiectul principal îl reprezintă execuția lucrărilor pentru modernizarea și reabilitarea Centurii r___ (pe sectoarele indicate), iar în cadrul contractului vor fi realizate toate activitățile indicate în lista de cantități pentru articole generale, în conformitate cu specificațiile tehnice și descrierile de prețuri. **Activitățile de deminare și asistență arheologică făceau parte din obiectul contractului (execuție lucrări + toate activitățile indicate în lista de cantități, conform specificațiilor tehnice), deci prin raportare la noțiunea de subcontractant de la art. 3 lit. yy), îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, deci era necesară indicarea subcontractanților, nu a unor furnizori, întrucât aceștia au alta definiție la litera w);**

- Potrivit art. 3 lit.w din Legea nr.98/2016, furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv s___ de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează s___ către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop; potrivit art. 55 din lege: (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare: a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare. Potrivit art. 174 din lege, Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și

profesională a subcontractanților propuși , cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv. Există obligația de declarare a subcontractanților, art. 193 alin. 3 din Legea nr. 98/2016: În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

-Legea nr. 98/2016 face referire la aceste noțiuni, de subcontractant, iar autoritatea contractantă a arătat în Clarificarea nr.3 la documentația de atribuire că este obligatorie declararea subcontractanților. **Activitățile de deminare și asistență arheologică făceau parte din obiectul contractului (execuție lucrări + toate activitățile indicate în lista de cantități, conform specificațiilor tehnice), deci prin raportare la noțiunea de subcontractant de la art. 3 lit. yy), îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, deci era necesară indicarea subcontractanților, nu a unor furnizori, întrucât aceștia au alta definiție, la lit. w).**

-nu se pot utiliza alte noțiuni decât cele legale, rezultând că **problema subcontractării lucrărilor de cercetare arheologică și deminare nu este o falsă problemă.**

[...]

Recursul CNAIR este de asemenea nefondat. Criticile sale referitoare la greșita considerare de fond că asistența arheologică _____, cei care asigură asistența arheologică au calitatea de subantreprenori și că s-a reținut de asemenea greșit că activitatea de identificare a munițiilor neexplodate și de asanare a șantierului de aceste muniții _____, iar cei care asigură aceste s_____ au calitatea de subantreprenori ai lucrărilor de construire nu sunt întemeiate pentru următoarele motive:

-punctele 1 și 2 ale recursului abordează aceeași problemă a subcontractanților pentru asistență arheologică și pentru activitatea de identificare a munițiilor neexplodate și de asanare a șantierului de aceste muniții;

-Curtea a constatat că obiectul contractului stabilit în secțiunea a-II-a a Fișei de date a achiziției la pct.I.1.5 prevede că obiectul principal îl reprezintă execuția lucrărilor pentru modernizarea și reabilitarea Centurii r_____ (pe sectoarele indicate), iar în cadrul contractului vor fi realizate toate activitățile indicate în lista de cantități pentru articole generale, în conformitate cu specificațiile tehnice și descrierile de prețuri. **Activitățile de deminare și asistență arheologică făceau parte din obiectul contractului (execuție lucrări + toate activitățile indicate în lista de cantități, conform specificațiilor tehnice), deci prin raportare la noțiunea de subcontractant de la art. 3 lit.yy), îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, deci era necesară indicarea subcontractanților, nu a unor furnizori, întrucât aceștia au alta definiție la litera w).** Potrivit art. 3 lit. w din Legea nr. 98/2016, furnizor-entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv s_____ de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează s_____ către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică , răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;

-serviciile de arheologie și de identificare și eliberare a zonelor de muniții neexplodate fac parte din obiectul contractului, or acestea pot fi executate doar de subcontractanți, nu de furnizori, din cauza modului de definire a noțiunilor la art. 3 lit.w și lit.yy din Legea nr.98/2016;

-sfera de cuprindere a obiectului contractului este problema cheie, întrucât recurența CNAIR înțelege eronat că activitățile de deminare sau de asistență arheologică

sunt incidentale, că nu ar face parte din obiectul contractului. Raportându-ne exclusiv la textele fișei de date (secțiunea a II-a), a rezultat că „obiectul principal îl reprezintă execuția lucrărilor pentru modernizarea Centurii r_____ a Municipiului București: Sector DN2 (km12+300) - A2 (km 23+750) în conformitate cu condițiile de Contract Fidic R____. De asemenea, în cadrul contractului vor fi realizate toate activitățile indicate în Lista de cantități pentru Articole Generale, în conformitate cu specificațiile tehnice și descrierile de prețuri pentru aceste articole”. **Activitățile prevăzute în Specificațiile tehnice- Volumul I/II Caiet de Sarcini-Articole Generale includ Asistența tehnică arheologică, identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate. Dacă activitățile de asistență arheologică și de deminare _____ de achiziție publică (din cauza modului de redactare a fișei de date), atunci devine aplicabil art. 3 lit. yy) din lege cu privire la noțiunea de subcontractant;** ceea ce este în cadrul contractului face parte din obiectul contractului. Nu se înțelege logica recurenței de a considera aceste activități „în cadrul contractului”, dar totuși în „afara obiectului contractului”. Probabil o redactare mai clară a fișei de date, de genul „activități necesare, adiacente obiectului contractului, realizate de terțe persoane” ar fi fost o modalitate de evitare a interpretării greșite, dacă terțele persoane puteau fi încadrate noțional în Legea nr. 98/2016;

-antreprenorul nu poate îndeplini singur lucrările de asistență arheologică sau de deminare, reglementate de dispoziții speciale, OG nr. 43/2000 ori Legea nr.481/2004, din acest motiv aceste activități totuși necesare, fac parte din obiectul extins al contractului din cauza modului de redactare a fișei de date. De altfel, deși recurența a contestat aceste aspecte, nu a arătat cum încadrează aceste activități în textele Legii nr.98/2016, ce parte definită în legea menționată putea îndeplini aceste lucrări.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 51 alin.3 din Legea nr.101/2016, Curtea va respinge excepția nulității recursurilor ca nefondată, iar recursurile vor fi respinse ca nefondate.

Cu alte cuvinte, de două ori, Curtea de Apel București a avut ocazia să se pronunțe asupra aceleiași probleme, iar soluțiile date sunt univoce – *serviciile de arheologie și de identificare și eliberare a zonelor de muniții neexplodate fac parte din obiectul contractului și pot fi executate doar de subcontractanți, nu de furnizori*. Primind această soluție, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA nu avea decât să urmeze interpretarea dată de instanța de control cu autoritate de lucru judecat. Conform art. 32 alin. (1) din legea remediilor, „[i]nstanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante”, sediu care, în speță, este situat în municipiul București.

Din datele expuse de părți reiese că asocierea ofertantă nu a atras niciun subcontractant pentru investigațiile arheologice și deminarea terenului, respectiv nu a declarat niciun subcontractant pentru aceste activități care intră în obiectul contractului, iar transformarea prestatorilor în subcontractanți nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Subcontractanții reprezintă un element esențial al propunerii tehnice a ofertantului și, nefiind declarați în ofertă (chiar dacă activitățile lor însumează _____ % din valoarea totală ofertată), nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 alin. (1) din normele metodologice ale legii – „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate

stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant." Caracterul obligatoriu al ofertei este valabil atât pentru ofertantă, cât și pentru autoritatea contractantă, inclusiv în sensul că o ofertă fără subcontractanți nu poate fi schimbată în una cu subcontractanți, pentru anumite activități. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire. Nu se poate veni ulterior datei ofertării cu un subcontractant, întrucât se aduce o gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți – fiecare dintre cei care nu îndeplinesc cerințele de ordin tehnic sau de calificare ar fi bucuroși să depună ulterior susțineri din partea unor subantreprenori nenominalizați, pentru a îndeplini respectivele activități.

De altminteri, conform art. 134 alin. (6) din aceleași norme, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.

Mai mult, ofertanta ar fi trebuit să respecte cerința stipulată în documentația de atribuire, respectiv în fișa de date, privind completarea și prezentarea DUAЕ și de către subcontractanți, pentru partea din contract pe care o îndeplinește fiecare dintre ei. Nu a prezentat document DUAЕ completat nici pentru Institutul de Arheologie și nici pentru SC SRL. Raportat la definiția dată de legiuitor subcontractantului, ambii prestatori îndeplinesc toate condițiile pentru deținerea acestei calități în prezenta procedură de atribuire. Concluzia se impune și din parcurgerea prevederilor art. 51 din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016:

Art. 51. - (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

Nu doar ofertanților, ci și subcontractanților lor le revin anumite obligații prestabilite de entitatea contractantă, enumerate și în fișa de date a achiziției. Subcontractanții joacă un rol esențial în procedura de atribuire și în executarea viitorului contract (nu este exclus ca, la o anumită procedură, subcontractanții să realizeze o pondere mai mare a activităților decât ofertanții înșiși).

Apartine în exclusivitate asocierii culpa neindicării subcontractanților în documentele ofertei.

Astfel cum s-a evocat mai sus, în practica instanțelor s-a hotărât de numeroase ori că ofertanții sunt obligați să își declare în ofertă subcontractanții, *sub sancțiunea neacceptării declarării ulterioare a lor*, elocvente fiind, de pildă:

a) Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1 din 14 ianuarie 2013, decizia nr. 5200 din 23 iunie 2014;

b) Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1046 din 26 mai 2015;

c) Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 293 din 1 februarie 2010;

d) Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 5654 din 16 mai 2013;

e) Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 8066 din 18 decembrie 2014 și decizia nr. 758 din 15 martie 2017.

Mai aplicată și mai recentă este decizia civilă nr. 3938 din 13 octombrie 2017 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, accesibilă la adresa de Internet <http://www.rolii.ro/hotarari/59f29303e49009b820000059>:

[...] furnizor în sensul lit. w) este entitatea care entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.

Subcontractantul este definit de lit. yy) ca fiind orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

După cum se observă, furnizorul pune la dispoziția contractantului produse sau prestează servicii în timp ce subcontractantul execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției.

Prin urmare, determinarea naturii contractului se face în funcție de obiectul acestuia: lucrări, produse sau servicii.

Conform anexei nr. 1 din Legea nr. 98/2016 la poziția 45.31 se găsesc „Lucrările de instalații electrice”, clasă ce include instalarea în clădiri sau în alte proiecte de construcții a următoarelor elemente: cabluri și conexiuni electrice; sisteme de telecomunicații; instalații electrice de încălzire; antene pentru clădiri rezidențiale; sisteme de alarmă împotriva incendiilor; sisteme de alarmă antiefracție; ascensoare și scări rulante; paratrăsnete.

Rezultă că simpla instalare a ascensorului (montajul acestuia și punerea în funcțiune asigurată de A.) reprezintă o lucrare, nefiind vorba de un produs sau de prestarea unui serviciu; după cum se observă, această constatare era suficientă pentru a se respinge oferta ca inacceptabilă.

De asemenea, montajul sistemului de supraveghere video, instalația de control acces și corpurile de iluminat se include fie în clasa „Lucrările de instalații electrice”, fiind fără relevanță, așa cum a susținut intimata I., că nu necesită prin ele însele obținerea unei autorizații de construire fie în clasa 45.34 „Alte lucrări de instalații” care cuprinde instalarea în clădiri sau în alte proiecte de construcții a instalațiilor și a echipamentelor neclasificate în altă parte.

Or, conform caietului de sarcini construcția propusă constă într-un parking auto suprateeran, regim de înălțime $S + 2D + P + 3E + T$, pe o suprafață de teren de 1.992 mp.

Atât autoritatea contractantă cât și intimata I. invocă prevederile art. 53-54 din Legea nr. 98/2016 prin raportare și la dispozițiile art. 219 alin. (1) din același act normativ

Însă omit împrejurarea esențială că potrivit fișei de date, act obligatoriu conform art. 123 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, dacă există subcontractanți aceștia trebuie declarați.

Conform art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, în condițiile art. 215 din lege, oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de către un ofertant care nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

Prin urmare, cu prilejul reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă este obligată să facă aplicarea acestui text de lege în privința ofertei I.

Nicio informație din oferta asocierii nu sugerează că ar exista un subcontractant, care să răspundă de cele două tipuri de activități în discuție, context în care se prezumă că informațiile din documentele transmise autorității sunt corecte în fiecare detaliu. Ipoteza erorii nu este evidențiată prin niciun mijloc de probă, ci dimpotrivă, infirmată de ansamblul documentelor ce compun oferta și răspunsurile din 19.01.2019 și 26.03.2019. În această conjunctură, este limpede că eventuala completare ulterioară a listei cu un subcontractant ar conduce la o avantajare nepermisă de lege a ofertantei [art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

Propunerea ulterioară a unui subcontractant nu intră în categoria viciilor de formă sau a abaterilor tehnice minore ce pot fi corectate, deoarece obligația de nominalizare izvorăște din lege, care instituie și pentru subcontractant anumite obligații, corelate cele ale autorității contractante.

Art. 55. - (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori solicitarea de participare partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși.

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1).

Art. 170. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși.

Contrar opiniei contestatoarei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale impun o rigoare deosebită atât din partea entităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

În altă ordine de idei, Institutul de Arheologie 'și
SC SRL nu pot să presteze legal nicio parte din contractul licitat, pentru sau în locul asocierii Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL, întrucât nu au fost declarați de la început ca fiind subcontractanți ai acesteia. Eventuala admitere acum a institutului și a societății conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât asocierea ar ajunge să fie

conformă pe baza unor documente produse sau relevate ulterior datei-limită de prezentare a ofertei.

Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de respingere a ofertei ca inacceptabilă din cauza expusă. În considerarea celor evocate, Consiliul determină că, în mod legal, autoritatea a respins oferta asocierii, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea procesul-verbal nr. 3 (nr. '04.06.2019), prin care a fost stabilită inacceptabilitatea ofertei și a actelor subsecvente lui, și nici pentru obligarea autorității la reevaluarea ofertei. Văzând toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația asocierii Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL nr. 22212/13.06.2019, în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA.

Consiliul va respinge și cererea accesorie a reclamantei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, ci dimpotrivă.

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

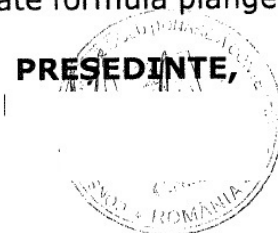
Respinge, ca nefondată, contestația asocierii Cosedil SpA - Franco Giuseppe SRL nr. 22212/13.06.2019, în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, inclusiv în ceea ce privește capătul de cerere de obligare a autorității la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PRESEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,



Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și cinci pagini.