



Achiziții publice

Prezentarea subcontractanților în
procedura de achizitie publică

Agendă

- Definiții subcontractor vs furnizor de servicii;
- Definiere termen concordanță oferte subcontractori cu oferta depusă de ofertantul principal;
- Plata subcontractorilor direct de către AC

Legea 98/2016 si Legea 99/2016

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;*

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*

Noul cod civil

Subcontractant - Articolul 1769 din Noul Cod Civil, alin. 2 : "Există subcontractare ori de câte ori produsul sau serviciul care face obiectul contractului de furnizare este în fapt furnizat, în tot sau în parte, de către un terț cu care furnizorul a subcontractat în acest scop."

Furnizor - Articolul 1766 din Noul Cod Civil : "Contractul de furnizare este acela prin care o parte, denumită furnizor, se obligă să transmită proprietatea asupra unei cantități determinate de bunuri și să le predea, la unul sau mai multe termene ulterioare încheierii contractului ori în mod continuu, sau să presteze anumite servicii, la unul sau mai multe termene ulterioare ori în mod continuu, iar cealaltă parte, denumită beneficiar, se obligă să preia bunurile sau să primească prestarea serviciilor și să plătească prețul lor."

Subcontractarea reprezintă posibilitatea, oferită de lege ofertanților, de a îndeplini o parte din obligațiile asumate prin contractul de achiziție publică sau o parte din proiect prin intermediul unui terț numit subcontractant, în cazul în care oferta respectivă va fi declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă.

Subcontractarea se realizează întotdeauna prin intermediul unui contract încheiat între ofertant/asocierea de ofertanți și terțul/terții desemnați subcontractanți.

Se consideră că există un contract de subcontractare, în următoarele condiții:

- Contract ferm între subcontractor și contractor principal;
- Detaliere prestație și întinderea acesteia;
- Detaliere răspundere la care se angajează subcontractorul vis a vis de implicarea în proiect.

Studiu de caz

- În cadrul unei oferte depuse, un operator economic a fost nominalizat ca subcontractor în două oferte, iar în a treia ofertă ca furnizor de servicii.
- Oferta în care acest operator economic a fost declarat furnizor a fost oferta câștigătoare, prin urmare ceilalți participanți la procedură au depus contestație.
- CNSC reține că autoritatea contractantă a acceptat această opțiune a participantului la procedură, ca furnizorul să asigure acea parte e obiectului achiziției, din poziția furnizorului, și nu a unui subcontractor, opțiune bazată pe dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, conform căreia, prin furnizor se înțelege: *- 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, pe când contestatoarele pretinde că acest furnizor are calitatea unui subcontractor: 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.*

Studiu de caz

- CNSC, comparând aceste două definiții, constată că cele două calități nu sunt reciproc incompatibile, dar și că fiecare din ele poate fi atribuită unui operator economic care se subordonează contractului, acesta din urmă fiind parte a contractului de achiziție publică.
- De asemenea sunt relevante și dispozițiile srt. 53 și art 54, alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform cărora, în general, libertatea de asociere într-un grup de operatori economici nu poate fi îngrădită de autoritatea contractantă.
- Având în vedere aceste aspecte, CNSC a decis că participarea operatorului economic în calitate de furnizor este justificată și legală, iar autoritatea contractantă a respectat prevederile legale în vigoare atunci când a declarat această ofertă “admisibilă”.

Criteria de calificare/selecție

Criteria privind capacitatea tehnică și profesională:

A.C. nu poate stabili la nivelul fișei de date:

1. Cerințe de participare pentru subcontractanții propuși

A.C. ia în considerare:

1. Capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților*) propuși pentru partea lor de implicare în contract ;
2. A.C. solicită ofertantului/candidatului documente referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus în raport cu partea din contract pe care o realizează;
3. A.C. poate respinge subcontractantul propus, dacă nu este satisfăcută de capacitatea acestuia și solicită candidatului/ofertantului **o singură dată** – înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant (art. 174 din Legea nr. 98/2016);

Notă: în condițiile pct.2) SUBCONTRACTANTUL devine, de fapt și de drept, și TERT SUSTINĂTOR prin luarea în considerare a capacității tehnice și profesionale – deci inclusiv a experienței similare (art.172 (4) din Legea 98/2016)

Motive de excludere

Sesizând că subcontractarea ar putea fi o sursă potențială de distorsionare a concurenței în materie de achiziții publice, au fost introduse o serie de **interdicții în ceea ce privește participarea subcontractanților în procedurile de atribuire:**

- În sensul dispozițiilor art. 167 alin. (5) lit. d) din Legea 98/2016, candidatul/ofertantul nu are dreptul ca, în cadrul aceleiași proceduri, să depuna ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat. Dispozițiile menționate nu se aplică însă în cazul procedurilor care se desfășoară pe loturi. Nimic nu se opune ca un operator economic să fie ofertant individual/în asociere pe un lot și subcontractant pe un alt lot.
- Niciun text de lege nu se opune ca un anumit operator economic să fie nominalizat atât ca terț susținător, cât și ca subcontractant, în cadrul aceleiași proceduri.

Definire termen concordanță oferte subcontractori cu oferta depusă de ofertantul principal

- În sensul dispozițiilor art. 218 alin. (4) din legea 98/2016, în cazul în care părți din contractul de achiziție publică se vor îndeplini prin unul sau mai mulți subcontractanți, autoritatea contractantă are obligația de a solicita, la încheierea contractului cu ofertantul declarat câștigător, prezentarea contractelor încheiate între ofertantul câștigător și subcontractanții desemnați.
- Acordurile de subcontractare **trebuie să fie în concordanță cu oferta depusă și vor constitui anexe la contractul de achiziție publică.**

Studiu de caz

În cadrul ofertei depuse, un operator economic a subcontractat o parte din serviciile ce urmau a fi prestate. La solicitarea autorității contractante, operatorul a prezentat acordul de subcontractare. În urma verificării acestui acord, autoritatea a constatat că valoarea ofertei financiare depuse de către operatorul economic nu este **în concordanță** cu valoarea acordului de subcontractare și a declarat oferta depusă ca inadmisibilă.

Cu toate că decizia CNSC a fost în favoarea operatorului economic și a obligat autoritatea la reevaluarea ofertei depuse de către acesta, explicațiile operatorului economic legate de acest subiect nu au fost acceptate de către autoritatea contractantă, aceasta declarând din nou oferta ca inadmisibilă.

Se arată că autoritatea contractantă a declarat oferta societății ca inadmisibilă în condițiile în care s-a prevalat de pretinsa neîndeplinire a cerințelor din fișa de date de la cap.III lit.a- capacitatea tehnică și/sau profesională; motivul invocat de autoritatea contractantă se referă la pretinsa nerespectare a prevederilor art. 232 alin.5 din Legea nr.99/2016 privitoare la preț, care nu are nici o legătură cu criteriul de evaluare privind capacitatea tehnică și/sau profesională de la cap. III lit.a din fișa de date.

Cu privire la acordul de subcontractare, autoritatea contractantă are obligația de a cunoaște conținutul acordurilor de subcontractare la momentul încheierii contractului de achiziție publică sectorial, deci ulterior desemnării ofertei drept câștigătoare. Legiuitorul a prevăzut că, în cazul în care subcontractantul și-ar fi exprimat intenția să fie plătit direct de autoritatea contractantă, plata s-ar efectua potrivit contractului dintre contractant și subcontractant, ceea ce conduce la concluzia că prețurile pot fi diferite. Din perspectiva contractului publicat în SEAP apare posibilitatea ca în acordul de subcontractare prețul să fie diferit de cel din oferta depusă; în materia înlocuirii subcontractanților în contractele de achiziție reglementate de Legea nr. 98/2016, dispozițiile art.158 din HG 395/2016 prevăd că în situația înlocuirii subcontractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți, valoarea aferentă activităților subcontractante va fi cel mult egală cu valoarea declarată în cadrul ofertei ca fiind subcontractată, la care se poate adăuga numai ajustarea prețurilor existente în contract.

Argumentând cele întâmplate în fața Curții de Apel, operatorul economic a fost desemnat câștigător în cele din urmă:

PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE

Respinge ca nefondată plângerea formulată de petentul

în contradictoriu cu intimata

având ca

obiect Decizia nr. 1840/C3/2128 a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor adoptată la 20.07.2017.

Fără cheltuieli de judecată.

Definitivă.

Pronunțată în ședința publică din 23.08.2017.

Relevante în cauză sunt și prevederile art.156 din HG nr.394/2016, potrivit cărora, în aplicarea prevederilor art. 232 din Lege, entitatea contractantă are obligația de a stabili clauze contractuale obligatorii privind cesiunea de creanță în favoarea subcontractanților legată de partea/părțile din contract care este/sunt îndeplinite de către aceștia.

(2) **În vederea determinării valorii creanței**, ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinită/îndeplinite de către aceștia, **valoarea la care se ridică partea/părțile respectivă/respective**, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.

În raport de aceste împrejurări de fapt și de drept, în acord cu poziția Consiliului și în dezacord cu cea a autorității contractante, Curtea apreciază că termenul utilizat de legiuitor a cărei interpretare a generat prezentul litigiu nu poate fi înțeles ca însemnând identic cu oferta, înțeașă atât ca propunere tehnică cât și ca propunere financiară.

Această concluzie se desprinde din chiar interpretarea prevederilor art.232 alin.1 și 2 din actul normativ menționat, care reglementează posibilitatea subcontractanților de a-și exprima opțiunea de a fi plătiți direct de către entitatea contractantă, plata urmând a fi efectuată potrivit contractului încheiat între ofertant și subcontractant, aspect ce duce la concluzia că prețurile ar putea fi diferite.

Pe de altă parte, ceea ce interesează entitatea contractantă este propunerea financiară a contractantului, în raport de care se va stabili oferta câștigătoare conform criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut" și nu ofertele de preț ale subcontractanților, prețurile din acordul de subcontractare putând fi diferite, respectiv mai mici sau cel mult egale, cu cele din oferta depusă și supusă analizei comisiei de evaluare.

Definire termen concodanță oferte subcontractori cu oferta depusă de ofertantul principal

Caracterul “back-to-back”

- Cel care are interes într-un astfel de caracter *back-to-back* al acordului de subcontractare este, în primul rând, ofertantul declarat câștigător, întrucât, așa cum o prevede în mod expres art. 218 alin. (6) din Legea 98/2016, subcontractarea este doar o facilitate oferită ofertantului, care nu diminuează răspunderea contractantului în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică/acord-cadru.
- În practică, este recomandabil ca acordurile de subcontractare să reprezinte o transpunere fidelă, așa numita formă „back-to-back”, în raporturile dintre ofertantul câștigător și subcontractant, a însăși dispozițiilor contractului de achiziție publică încheiat între autoritatea contractantă și ofertantul declarat câștigător.

Plata subcontractorilor direct de către AC

Atunci când un subcontractant își exprimă opțiunea de a fi plătit direct, A.C. sau entitatea contractantă **are obligația de a stabili în cadrul contractului de achiziție publică clauze contractuale obligatorii ce prevăd transferul de drept al obligațiilor de plată către subcontractant/subcontractanți pentru partea/părțile din contract aferentă/aferente acestuia/acestora**, în momentul în care a fost confirmată îndeplinirea obligațiilor asumate prin contractul de subcontractare.

Plata subcontractorilor direct de către AC

Înlocuirea unui subcontractant și/sau introducerea unui subcontractant pe parcursul derulării contractului

- Conform prevederilor art. 219 alin. (3) din Legea 98/2016 contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221.
- Înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații:
 - a) înlocuirea subcontractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți,
 - b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora,
 - c) renunțarea/retragerea subcontractanților din contractul de achiziție publică.

Important este de menționat faptul că înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului se realizează cu acordul autorității contractante.