



Dragoș ZORIN
Managing Associate
POPOVICI NIȚU
STOICA & ASOCIAȚII

Subcontractarea activităților pentru care contractorul nu și-a manifestat, în ofertă, opțiunea de subcontractare

În condițiile actuale, în care inclusiv marii prestatori de servicii - în special cei din domeniul construcțiilor - resimt o lipsă acută de personal specializat, posibilitatea contractului de a subcontracta parte din activitățile ce formează obiectul contractului de antrepriză poate face diferența între finalizarea contractului cu succes sau rezilierea/rezoluțiunea acestuia cu atragerea unor consecințe dintre cele mai grave (inclusiv pierderea finanțării din fonduri europene sau alte fonduri nerambursabile).

Din nefericire, analiza - asupra prevederilor legale incidente - necesară pentru a stabili, de la caz la caz, dacă există sau nu dreptul de a subcontracta, se poate dovedi extrem de dificilă.

Încercarea legiuitorului de a corela reglementarea privitoare la subcontractare cu dispozițiile legale privind modificarea contractului de achiziție, alături de suprareglementarea problematicii subcontractării, în special la nivelul legislației naționale secundare și terțiare, a amplifi-

Subcontractarea în contractele de achiziții publice

cat incertitudinea din jurul acestei probleme și a determinat autoritățile contractante să refuze subcontractarea în orice circumstanțe, chiar și atunci când această opțiune este legală și posibilă.

În acest context, având în vedere că furnizarea este permisă în condiții mai puțin restrictive decât subcontractarea de servicii/subantrepriză, și că uneori furnizarea poate privi și servicii, o aparentă soluție alternativă la subcontractare - analizată în opinii de specialitate - a fost indicată ca fiind contractul de furnizare.

Fără a insista cu această ocazie asupra diferenței între subcontractare și furnizare, ne rezumăm să afirmăm că **un contract de furnizare nu poate reprezenta o soluție alternativă la subcontractare.**

Amintim, în sprijinul afirmației de mai sus, că restricțiile de subcontractare în materia achizițiilor privesc în concret contractul de antrepriză astfel cum acesta este reglementat de art. 1.851 și urm. din Cod civil, contractul al cărui obiect constă în execuția de lucrări materiale sau intelectuale și prestarea de servicii de același fel.

Pe de altă parte, contractul de furnizare are ca obiect transferul proprietății asupra unor bunuri și predarea acestora. Numai în cazuri excepționale, când serviciul este accesoriu livrării unui bun care reprezintă obiectul principal al contractului, contractul de furnizare poate să privească și un serviciu (astfel cum se desprinde, nu atât de clar pe cât ar trebui, din art. 1.766 alin. 2 Cod civil).

Deducem astfel două concluzii intermediare:

i. interdicțiile de subcontractare în materia achizițiilor publice sunt, în realitate, interdicții de subantrepriză, adică de a subcontracta activită-



Ramona PENTILESCU
Managing Associate
POPOVICI NIȚU
STOICA & ASOCIAȚII

țile sau serviciile materiale sau intelectuale obiect al contractului de antrepriză;

ii. contractul de furnizare nu se confundă cu contractul de antrepriză și nu poate reprezenta o soluție alternativă subcontractării/subantreprizei.

Așa cum am lăsat să se înțeleagă încă din partea de început, nu credem că problemele practice din jurul subcontractării sunt cauzate de însăși interdicția de a subcontracta. **Problemele practice sunt cauzate de extinderea neîntemeiată a interdicției de subcontractare la cazurile în care dreptul de a subcontracta există, iar îngrădirea și limitarea lui nu pot fi justificate prin rațiunile care au impus limitarea legală a dreptului de a implica subantreprenori.**

Potrivit art. 219 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, subantrepriza este interzisă când încheierea contractului de subantrepriză implică modificarea substanțială a contractului. Din această perspectivă trebuie verificate separat două situații diferite.

I.Înlocuirea unui subcontractant deja declarat în ofertă

În cazul înlocuirii unui subcontractant deja declarat în ofertă (deci în cazul în care contractul și-a mani-

festat opțiunea de subcontractare în ofertă) lucrurile sunt relativ simple (cel puțin la nivel reglementar) în condițiile în care art. 157 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 („Normele metodologice”) stabilește că înlocuirea unui subcontractant pentru activitățile pentru care operatorul și-a manifestat intenția de subcontractare nu reprezintă o modificare substanțială a contractului.

Deși, aparent, art. 158 introduce condiții suplimentare pentru înlocuirea subcontractorului, în realitate, prevederile art. 158 nu fac altceva decât să asigure aplicarea limitată a acestui caz de subcontractare la activitățile pentru care operatorul și-a manifestat opțiunea de subcontractare încă din perioada de ofertare.

În concluzie, în accepțiunea Normelor metodologice, înlocuirea unui subcontractor pentru activitățile pentru care operatorul și-a manifestat opțiunea de subcontractare în procedura de atribuire se poate realiza fără opreliști, cu condiția ca subcontractorul nou să nu se afle în vreunul dintre cazurile de excludere reglementate de art. 167 din Legea nr. 98/2016.



Deși art. 157 din Normele metodologice stabilește expres că înlocuirea unui subcontractor pentru activități pentru care operatorul și-a manifestat opțiunea de subcontractare

incă din procedura de atribuire este permisă fără alte condiționări suplimentare pe motiv că o astfel de subcontractare nu poate constitui o modificare substanțială a contractului, considerăm că **există totuși o condiție suplimentară**, respectiv:

- i. fie subcontractorul înlocuit să nu fi contribuit la îndeplinirea de către contractor a condițiilor de calificare și selecție,
- ii. fie, dacă subcontractorul înlocuit a contribuit la îndeplinirea de către contractor a criteriilor de calificare, noul subcontractor să îndeplinească cel puțin aceleași condiții de experiență tehnică ca și subcontractorul inițial.

În caz contrar, ar deveni incident art. 221 alin. (7) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 160 lit. a) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2006 (a cărui aplicare – considerăm – în mod greșit este limitată la ipoteza prevăzută de art. 151 lit. b) câtă vreme în lipsa experienței subcontractorului înlocuit contractorul principal nu ar fi îndeplinit condițiile de experiență și calificare).

Avem în vedere în concluzia anterioară că textul art. 172 alin. 4 din Legea nr. 98/2016 permite contractorului/ofertantului să îndeplinească criteriile de calificare referitoare la capacitatea tehnică/profesională și financiară prin raportare la capacitatea subcontractorului.

II. Exercițarea opțiunii de a subcontracta părți din contract, ulterior semnării contractului

Dacă subcontractarea în ipoteza art. 151 lit. a) din Normele metodologice nu ridică probleme foarte complicate de interpretare, nu același lucru se poate spune și despre subcontractarea în ipoteza art. 151 lit. b) din aceleași Norme metodologice (și art. 219 alin. 5 din Legea nr. 98/2016) respectiv: *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.



Acest caz de subcontractare, deși expres reglementat de art. 219 alin. 5 din Legea nr. 98/2016, în accepțiunea art. 159 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, este susceptibil de a reprezenta o modificare substanțială a contractului și de a fi astfel interzis.

Art. 160 din Normele metodologice - care și-a propus să aplice prevederile privind modificarea contractului la situația specială a subcontractării - cauzează mai multe probleme de interpretare decât cele pe care le rezolvă.

În primul rând, tehnica de redactare a textului îl poziționează diametral opus față de prevederile similare din Directiva nr. 24/2014.

În timp ce Directiva nr. 24/2014 instituie regula subcontractării, reglementând expres și clar situația de excepție a cazului când subcontractarea este interzisă, art. 160 din Normele metodologice pare că transformă interdicția de subcontractare în regula care se aplică ori de câte ori nu sunt îndeplinite condițiile cumulative impuse de acest din urmă text.

În al doilea rând, dacă la cele de mai sus adăugăm și faptul că cele 4 condiții impuse de art. 160 din Normele metodologice a fi îndeplinite

cumulativ pentru a fi permisă subcontractarea sunt foarte vagi și greu de deslușit, putem să înțelegem motivele pentru care autoritățile contractante refuză să permită subcontractarea, acestea pur și simplu nu pot încadra coerent și clar situațiile practice în condițiile impuse de art. 160 din Normele metodologice pentru subcontractare. Așadar, caracterul vag al normei funcționează fără excepție în defavoarea subcontractării.

Cel mai evident exemplu este cel al condiției impusă de lit. d) a art. 160 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 - în acord cu care: „*prin introducerea unui nou subcontractant nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului de achiziție publică, fapt ce presupune că scopul contractului, precum și indicatorii principali ce caracterizează rezultatul respectivului contract rămân nemo-dificați*”.



În opinia noastră, această condiție nu este numai vagă, ci este și complet inaplicabilă. Nu putem imagina nicio situație, nicio cale sau instituție juridică ce ar permite ca subcontractarea, de una singură, să modifice obiectul contractului. Este de esență contractului de subantrepriză că activitățile transferate spre execuție nu pot fi altele decât cele

care fac obiectul contractului principal. În esență, subcontractarea, spre deosebire de cesiunea de contract, nu poate modifica drepturile și obligațiile contractului principal, deci nu poate modifica efectele contractului principal ce reprezintă obiectul contractului.

Așadar, este suficient să citim prima parte din această condiție legală „*prin introducerea unui nou subcontractant nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului de achiziție publică*” pentru a concluziona că este complet lipsită de efecte.

De fapt, lucrurile sunt mult mai simple, fără a fi totuși complet limpezi, și trebuie privite în special din perspectiva legislației comunitare și a practicii CJUE din care se desprinde un principiu care trebuie să ghideze orice interpretare pe acest subiect.

Așa cum am arătat, art. 63 alin. 2 din Directiva 24/2014 prevede că,

186 din Legea nr. 98/2016 stabilește: „*În cazul contractelor de achiziție publică de lucrări sau de servicii și al lucrărilor sau operațiunilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de achiziție publică de produse, autoritatea contractantă poate impune ca anumite sarcini esențiale să fie realizate în mod direct de către ofertant sau, în cazul unei oferte depuse de o asocieră de operatori economici, de un anumit membru al asocierii*”.

Din prevederile art. 221 din Legea nr. 98/2016 privind modificarea contractului în general, singura care generează implicații clare asupra subcontractării este cea prevăzută de alin. (7) lit. a): *modificarea introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis selecția altor candidați decât cei selectați inițial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată inițial sau ar fi atras și alți participanți la procedura de atribuire.*

Concluzionăm că, în ipoteza art. 151 lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, subcontractarea este permisă ori de câte ori activitatea ce urmează a fi subcontractată nu a fost în mod expres exclusă de la subcontractare de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire în conformitate cu art. 186 din Legea nr. 98/2016 și art. 63 alin. 2 din Directiva 24/2014.

Numai în cazul în care subcontractarea ar privi activitățile cu privire la care autoritatea contractantă a stabilit de la început că trebuie efectuate de contractantul principal/antreprenor, subcontractarea ar reprezenta o modificare substanțială în sensul art. 219 alin. (3) și 221 alin. (7) din Legea nr. 98/2016 întrucât o astfel de modificare putea modifica rezultatul procedurii de atribuire dacă ar fi fost cunoscută de la început.

în anumite situații, autoritățile contractante pot stabili ca unele activități să fie excluse de la subcontractare. O serie de hotărâri ale CJUE confirmă explicit sau implicit că subcontractarea trebuie permisă ca regulă și că interdicerea ei trebuie să se realizeze în condiții excepționale¹.

În aplicarea celor de mai sus, art.

¹ Cu titlu de exemplu, notăm ca relevante inclusiv pentru actuala reglementare concluziile Avocatului general Eleanor Sharpston prezentate la 17 noiembrie 2015 în Cauza C 406/14 soluționată de CJUE prin Hotărârea din 14 iulie 2016: ”39. Deși prezenta procedură privește Directiva 2004/18, este interesant de observat că aceeași rațiune există la articolul 63 alineatul (2) din actual care a înlocuit-o, și anume Directiva 2014/24. Potrivit dispoziției menționate, autoritățile contractante pot impune ca anumite sarcini critice să fie efectuate direct de către ofertantul însuși sau, în cazul unei oferte depuse de un grup de operatori economici, de un participant din cadrul acestui grup. Deși dispoziția în cauză permite acum în mod expres limitarea subcontractării pe parcursul etapei de analizare și selecție, astfel de limitări sunt acceptabile numai în măsura în care ele au ca obiect sarcini bine definite considerate ca fiind „critice” pentru executarea contractului.”

Numai în acest sens poate fi citită și sintagma (invocată de multe autorități/entități contractante pentru a refuza introducerea de noi subcontractanți) „iar contractantul nu subcontractează activități/ operațiuni principale aferente implementării contractului, respectiv critice pentru atingerea indicatorilor de performanță stabiliți prin caietul de sarcini.” din art. 5, punctul II, Exemplul 7 din Instrucțiunile ANAP nr. 3/2017, potrivit căruia: „Exemplul nr. 7: Introducerea de către operatorul economic a unui nou subcontractant în timpul implementării contractului de achiziție publică/ sectorială, fără ca această posibilitate să fi fost prevăzută și detaliată în oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire a contractului inițial, este o modificare nesubstanțială - adaptare la context practic în condițiile în care se respectă reperatele prevăzute la cap. IV secțiunea 1 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, iar contractantul nu subcontractează activități/ operațiuni principale aferente implementării contractului,

respectiv critice pentru atingerea indicatorilor de performanță stabiliți prin caietul de sarcini.”



Pentru a închide într-o manieră cât mai practică ideile noastre pe subiectul mai sus intitulat, sintetizăm concluziile principale:

- În toate situațiile, pentru a fi permisă subcontractarea, subcontractorul trebuie să nu se găsească în vreunul dintre cazurile de excludere reglementate de art. 167 din Legea nr. 98/2016, să completeze și să depună DUAЕ.
- În cazul înlocuirii unui subcon-

tractor pentru activități pentru care contractorul și-a manifestat opțiunea de subcontractare în timpul procedurii de atribuire, înlocuirea este posibilă cu singura condiție ca, în măsura în care capacitatea tehnică/profesională, financiară a subcontractorului înlocuit a contribuit la îndeplinirea de către contractant a criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică/profesională, financiară, noul subcontractor să îndeplinească cel puțin aceleași condiții ca și contractorul înlocuit.

- În cazul subcontractării unor activități pentru care contractorul principal nu și-a manifestat intenția de subcontractare în procedură, subcontractarea este permisă cu condiția ca activitatea ce se intenționează a fi subcontractată să nu fi fost exclusă (în mod expres, clar și neechivoc) de la subcontractare de către autoritatea contractantă, prin documentația de atribuire a procedurii. Desigur, rămâne deschisă problema reală de fond, de a identifica situațiile care îndreptățesc autoritățile contractante să excludă de la subcontractare unele activități potrivit art. 186 din Legea nr. 98/2016.