



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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2116/23.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 64435/23.11.2023, depusă de ...SRL, lider al asocierii ...SRL - ... SRL - ... SRL - ...SRL, cu sediul social în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin ..., administrator, și convențional prin SCPA ..., cu sediul în ..., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată, organizată de ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: „Rețea de canalizare și stație de epurare ..., județul ...”*, cod CPV 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), contestatoarea a solicitat anularea deciziei prin care oferta depusă de asocieria ...SRL - ... SRL - ... SRL - ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă; anularea actelor care au stat la baza adoptării deciziei respective, precum și a oricăror acte subsecvente, inclusiv a adresei de comunicare a deciziei de respingere nr. 7297/15.11.2023; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de la etapa verificării admisibilității ofertei asocierii.

**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 ...SRL, lider al asocierii ...SRL - ... SRL - ... SRL - ... SRL, critică rezultatul procedurii de atribuire organizată de ..., solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Asocierea contestatoare arată că, în conformitate cu adresa nr. 7297/15.11.2023, publicată în SEAP în data de 16.11.2023, oferta sa a fost declarată inacceptabilă. Temeiul de drept invocat îl reprezintă art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016, respectiv art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În prealabil expunerii deficiențelor activității de evaluare, afirmă că, în mod deliberat și cu încălcarea principiului transparenței, autoritatea contractantă a comunicat respingerea ofertei sale anterior finalizării evaluării ofertelor.

În ceea ce privește decizia de declarare ca inacceptabilă a ofertei, aceasta se întemeiază pe ignorarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire și pe interpretarea eronată a dispozițiilor legale, în special a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 prin raportare la conținutul documentelor de calificare depuse de membrii asocierii.

Cu privire la prematuritatea comunicării deciziei pe respingere a ofertei sunt invocate dispozițiile art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Susține că autoritatea contractantă i-a comunicat prin adresa nr. 7297/15.11.2023 exclusiv decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii, fără a o informa cu privire la rezultatul final procedurii de atribuire, astfel cum impun dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016 în lumina aplicării principiului transparenței. Prin această modalitate de acțiune, autoritatea contractantă nesocotește inclusiv principiul tratamentului egal în defavoarea sa, dar și dreptul la o cale de atac efectivă împotriva rezultatului final al procedurii de atribuire. Astfel, în ipoteza în care contestația va fi respinsă anterior finalizării evaluării ofertelor și comunicării rezultatului aplicării procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, există riscul să se considere că nu va mai avea interes în legătură cu procedura de atribuire ca urmare a unei eventuale excluderi definitive. În această ipoteză va fi lipsită de posibilitatea de a contesta atribuirea contractului către un alt ofertant, demers care este autorizat inclusiv de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, relevantă fiind Hotărârea din data de 11 mai 2017 pronunțată în cauza C-131/16, *Archus* prin care s-a statuat dreptul de a formula o cale de atac atât împotriva deciziei de respingere a ofertei, cât și față de decizia de adjudecare a contractului către un ofertant concurent.

Se constată în speță ignorarea voită de către ... a abrogării prevederilor legislative privind comunicarea rezultatelor parțiale aferente fiecărei etape intermediare a procesului de evaluare. Astfel, pentru a reliefa intenția legiuitorului de a se impune comunicarea rezultatului final al procedurii, iar nu rezultatul etapelor intermediare, au fost abrogate

prin Ordonanță de urgență nr. 45/2018 prevederile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Învederează și faptul că demersul autorității contractante de a comunica rezultatul parțial al evaluării este de natură a lipsi de efecte utile dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 care permit ofertanților accesul nerestricționat la dosarul achiziției publice imediat după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Nu în ultimul rând, în ipoteza în care i se va comunica un rezultat final al procedurii de atribuire pe care îl va considera ca fiind nelegal și îl va contesta, va fi obligată la constituirea unei noi cauțiuni, în aplicarea dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

În acest context, este evident prematur, abuziv și de natură a vătămă interesele sale legitime demersul autorității contractante de a comunica în mod exclusiv decizia de respingere a ofertei sale anterior informării cu privire la rezultatul final al procedurii de atribuire, motiv pentru care se impune anularea adresei nr. 7297/15.11.2023 și obligarea Comunei Ulmi la comunicarea rezultatului final al procedurii de atribuire.

Referitor la îndeplinirea cerinței privind experiența similară, cu titlu preliminar, sunt invocate dispozițiile legale relevante și jurisprudența constantă a Consiliului și a instanțelor de judecată prin care se statuează caracterul obligatoriu al documentației de atribuire. Importantă este în acest sens hotărârea pronunțată în cauza CJUE C-27/15.

Contestatoarea apreciază că, prin modalitatea de interpretare și aplicare a cerinței privind experiența similară, ... își nesocotește propria documentație de atribuire în cuprinsul căreia nu a restricționat nici expres și nici implicit modalitățile și instrumentele legale de demonstrare a îndeplinirii cerințelor minime de calificare.

Referitor la cerința de experiență similară a cărei neîndeplinire se invocă, contestatoarea redă cerințele din fișa de date, cap. III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională.

Totodată, invocă art. 182 și art. 185 din Legea nr. 98/2016.

În aplicarea acestor dispoziții legale, astfel cum rezultă din dosarul achiziției și cum a precizat și în răspunsurile la solicitările de clarificări, pentru a face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, asocierea ...SRL - ... SRL - ... SRL - ...SRL s-a prevalat de un număr de trei contracte, menționate în Documentul Unic de Achiziție European (DUAE) elaborat de asociați și terțul susținător, astfel:

- Contractul nr. 1 - nr. 659/23.02.2018, prezentat de către ...SRL;
- Contractul nr. 2 - nr. 4855/21.03.2016, prezentat de către ... SRL;
- Contractul nr. 3 - nr. 3349/16.05.2018, invocat de către ... SRL și terțul susținător ...SRL.

În ceea ce privește Contractul nr. 3349/16.05.2018 (Contractul nr. 3) invocat ca experiență similară atât de asociatul ... SRL, cât și de terțul susținător ...SRL, contestatoarea arată că a învederat comisiei de

evaluare că sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Astfel, în cazul de față, având în vedere calitatea de terț susținător declarat în cadrul ofertei sale a operatorului economic ...SRL, este aplicabil exemplul stabilit de legiuitor la alin. (2) al art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017.

Prin urmare, în aplicarea principiului de drept potrivit căruia pentru aceeași rațiune se impune aceeași soluție (*ubi eadem ratio eadem solutio*), Contractul nr. 3349/16.05.2018 realizat în asociere de ofertantul asociat ... SRL și terțul susținător ...SRL trebuia interpretat ca și contract unic, iar valoarea experienței similare aferente acestui contract este egală cu suma părților executate de asociații ... SRL și ...SRL, participanți la procedura de atribuire.

Interpretarea autorității contractante potrivit căreia contractul nr. 3349/16.05.2018 trebuie considerat ca două contracte distincte, respectiv contractul nr. 3 pentru ofertantul asociat ... SRL și contractul nr. 4 pentru terțul susținător ...SRL determină o divizare artificială a unui contract de achiziție publică care este unic.

Face precizarea că prevederile Notei nr. 2, cazul A.2 din art. 14 al Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 ar fi fost aplicabile exclusiv în cazul în care terțul susținător ...SRL nu ar fi fost implicat în prezenta procedură în calitate de entitate pe capacitatea căreia se bazează ofertantul, caz în care valoarea experienței similare aferente contractului nr. 3349/16.05.2018 prezentat de ofertantul asociat ... SRL ar fi fost egală cu procentul său de participare în asocierea executantă a contractului respectiv. Or, în condițiile în care terțul susținător a participat nemijlocit la executarea lucrărilor similare care au făcut obiectul Contractului nr. 3349/16.05.2018, cota sa de implicare trebuie luată în considerare în virtutea dispozițiilor art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea în care autoritatea contractantă analizează în speță îndeplinirea cerinței privind experiența similară denotă că, în realitate, se ignoră atât posibilitatea de îndeplinire prin cumul a criteriilor privind capacitatea, în prezenta procedură de atribuire asocierea s-a folosit de trei contracte pentru îndeplinirea cerinței experienței similare, iar nu de patru, după cum a concluzionat autoritatea în adresa menționată mai sus. Precizarea din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 conform căreia „fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă” trebuie înțeleasă nu prin referire la numărul de contracte, ci la faptul că fiecare operator economic a derulat un contract pe care îl poate invoca drept experiență similară.

Asocierea contestatoare afirmă că a invocat cu prilejul formulării răspunsului la solicitarea de clarificări jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) potrivit căreia este recunoscut dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități (spre exemplu, Hotărârea

din 7 aprilie 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punctul 33 și jurisprudența citată).

Potrivit considerentelor Hotărârii pronunțate de CJUE în Cauza C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o.*, acest drept statuat de jurisprudența și preluat în legislația europeană (art. 63 din Directiva 2014/24/UE) și cea națională (art. 182 din Legea nr. 98/2016) poate fi limitat numai în ipoteza în care, prin raportare la caracterul indivizibil al unui contract determinat, s-ar impune prin documentația de atribuire ca nivelul minim al capacității în cauză să fie atins de un operator economic unic sau, dacă este cazul, prin recurgerea la un număr limitat de operatori economici.

Or, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus ca experiența similară să fie demonstrată prin capacitățile unui singur operator economic sau ale unui număr determinat de operatori economici, devin aplicabile inclusiv prevederile din ÎNDRUMARE privind instituția „terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, respectiv pct. 3.

Această îndrumare emisă de autoritatea cu rol de reglementare în domeniul achizițiilor publice este conformă cu prevederile art. 185 alin. (2) din Legea achizițiilor publice anterior citate, prevederi din care reiese dreptul incontestabil al operatorilor economici de a cumula capacitățile ofertantului (inclusiv atunci când este o asocierie) cu cele ale terțului susținător, astfel cum a procedat în prezenta procedură de atribuire prin luarea în considerare a experienței dobândite de unui dintre asociați în asocierie cu terțul susținător în cadrul unui contract de lucrări unic și indivizibil.

...SRL consideră că autoritatea contractantă a acționat prin încălcarea principiului proporționalității, sub imperiul unui formalism exagerat, atunci când, contrar dispozițiilor legale, a declarat oferta sa inacceptabilă pentru pretinsa neconcludență a răspunsului la solicitarea de clarificări/neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă conformă.

Drept urmare, în concordanță cu principiile legislației în materie de achiziții publice, declararea unei oferte ca fiind inacceptabilă prin interpretarea și aplicarea formalistă și rigidă a dispozițiilor legale reprezintă o atitudine total abuzivă, de natură a prejudicia în mod grav interesele asocierii.

În concluzie, raportat la considerentele anterior exprimate, solicită admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei asocierii ...SRL - ... SRL - ... SRL - ... SRL, urmând a se continua procedura de achiziție prin aplicarea regulilor stabilite în documentația de atribuire și în legislația incidentă.

Prin adresa nr. 7814/28.11.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 65400/28.11.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestație.

Achizitoarea prezintă, în detaliu, modul de desfășurare a procedurii de atribuire, clarificările transmise asocierii și răspunsurile primite la acestea și citează dispozițiile legale aplicabile.

În continuare, răspunde, punctual, susținerilor din cuprinsul contestației.

În legătură cu afirmațiile contestatoarei „în ceea ce privește Contractul nr. 3349/16.05.2018 (Contractul nr. 3) invocat ca experiență similară atât de asociatul ... SRL cât și de terțul susținător ... SRL am învederat comisiei de evaluare ca sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 emise în aplicarea dispozițiilor din legea achizițiilor publice ...”, face mențiunea că, în primul răspuns la solicitarea de clarificări, transmis prin adresa nr. 2075/20.10.2023, contestatoarea a precizat în mod clar "Contractul 3349/16.05.2018 în care executanții asociați au fost SC ... SRL și SC ... SRL a fost executat la comun de către cei doi, aceștia fiind responsabili pentru tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun.. fiind aplicabile dispozițiile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform carora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă."

În cadrul primului răspuns a afirmat că sunt aplicabile dispozițiile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2, iar în cadrul răspunsului nr. 2168/02.11.2023, a afirmat ca "ar fi fost aplicabile în cazul în care terțul susținător ... SRL nu ar fi fost implicat în prezenta procedură, caz în care valoarea experienței similare aferente contractului nr. 3349/16.05.2018 prezentat de ofertantul asociat ... SRL ar fi fost egală cu procentul său de participare în asocierea executantă a contractului respectiv".

Arată că ofertantul nu își menține poziția față de răspunsurile pe care le prezintă și nu a avut în vedere prevederile din Instrucțiunea nr. 2/2017, iar acest fapt a dus la o interpretare eronată a legislației. Această Instrucțiune a fost emisă tocmai pentru a clarifica și a aduce completări privind modul de aplicare și interpretare a art. 178 și 179 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că afirmația "sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căruia: „ (1) În situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiență similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiență similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (2) în situația în care se solicită îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, conform prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), cerința va fi îndeplinită în situația Ofertant asociat Asocierea S.C. E.M. ... SRL & ... SRL & ... S.R.L. & S.C. ... SRL în care asocierea respectivă, care participă la procedură, a îndeplinit un asemenea contract.", este una nefondată, neavând aplicabilitate în situația de față.

Față de afirmația contestatoarei "Astfel, în cazul de față, având în vedere calitatea de terț susținător declarat în cadrul ofertei noastre a operatorului economic ... SRL, este aplicabil exemplul stabilit de legiuitor la alin. (2) al art. 14 din

Instrucțiunea nr. 2/2017, respectiv; „Exemplu: Dacă autoritatea/entitatea contractantă a solicitat, în cuprinsul documentației de atribuire, prezentarea unui singur contract în valoare de minimum 1.000.000 lei, iar asocierea formată din operatorii economici A și B prezintă, ca experiență similară, un contract în valoare de 1.100.000 lei, realizat în comun de respectivii operatori economici A și B, acest lucru conduce la îndeplinirea cerinței în discuție.”, menționează că este nefondată și fără aplicabilitate în situația de față, din următoarele considerente:

- în conformitate cu Fișa de date, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă nu a solicitat îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, ci a specificat în mod clar Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte.

- experiența similară prezentată în cadrul DUAE, de către asociere a fost luată în calcul:

- Contractul nr. 1 - (659/23.02.2018) prezentat de către E.M. ...SRL - 6.909.767,69 lei fără TVA (executant unic),

- Contractul nr. 2 - (4855/21.03.2016) prezentat de către ... SRL - 10.075.935,37 lei fără TVA (executant unic),

- Contractul nr. 3 - (3349/16.05.2018) prezentat de către ... SRL - 5.648.678,77 lei, fără TVA,

iar:

- ...SRL are calitatea de terț susținător,

- Contractul nr. 3349/16.05.2018 a fost prezentat de către unul dintre asociați și de către terțul susținător, contract ce a fost executat de asocierea ...SRL (5.648.678,77 lei fără TVA) - 50% & SC ... SRL (5.648.678,77 lei fără TVA) - 50% pentru partea de execuție, fiecare asociat având o pondere de 50%,

- Contractul nr. 3349/16.05.2018 nu a fost prezentat ca și experiență similară de către asocierea din procedura în cauză.

Față de afirmația "Prin urmare, în aplicarea principiului de drept potrivit caruia pentru aceeași rațiune se impune aceeași soluție (*ubi eadem ratio eadem solutio*), Contractul nr. 3349/16.05.2018 realizat în asociere de ofertantul asociat ... SRL și terțul susținător ...SRL trebuia interpretat *ca și contract time*, iar valoarea experienței similare aferente acestui contract este egală cu suma părților executate de asociații ... SRL și ...SRL, participanți la prezenta procedura de atribuire.", autoritatea contractantă afirmă că se poate aplica același concept și pentru ofertant "pentru aceeași rațiune se impune aceeași soluție (*ubi eadem ratio eadem solutio*)", adică, la solicitările de clarificări ale comisiei, referitoare la experiență similară prezentată, ofertantul a răspuns prin adresa nr. 2075/20.10.2023, cât și prin adresa nr. 2168/ 02.11.2023, prin care își schimbă poziția din cadrul adresei nr. 2075/ 20.10.2023, invocând prevederile „în ceea ce privește contractul nr. 3349/16.05.2018 invocat ca experiență similară atât de asociatul ... SRL cât și de terțul susținător ...SRL, sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017...”

În legătură cu afirmația „Interpretarea autorității contractante potrivit careia Contractul nr. 3349/16.05.2018 trebuie considerat ca doua contracte distincte, respectiv contractul nr. 3 pentru ofertantul asociat ... SRL și contractul nr. 4 pentru terțul susținător ...SRL determina o divizare artificială a unui contract de achiziție publică care este unic.” **precizează că, la analiza ofertei, s-au avut în**

vedere prevederile legislative din domeniul achizițiilor publice, respectiv art. 185 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu Instrucțiunea nr. 2/2017 NOTA nr. 2.

Afirmația „Facem precizarea ca prevederile Notei nr. 2, cazul A. 2 din art. 14 al Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 ar fi fost aplicabile exclusiv în cazul în care terțul susținător ...SRL nu ar fi fost implicat în prezenta procedura în calitate de entitate pe capacitatea careia se bazează ofertantul, caz în care valoarea experienței similare aferente Contractului nr. 3349/16.05.2018 prezentat de ofertantul asociat ... SRL ar fi fost egală cu procentul sau de participare în asocierea executantă a contractului respectiv. Ori, în condițiile în care terțul susținător a participat nemijlocit la executarea lucrărilor similare care au făcut obiectul Contractului nr. 3349/16.05.2018, cota sa de implicare trebuie luată în considerare în virtutea dispozițiilor art. 185 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.”, arată că este contradictorie în conformitate cu răspunsul la solicitarea de clarificări transmis prin adresa nr. 2075/20.10.2023.

În situația de față, ceea ce susține prin răspunsul nr. 2168/02.11.2023, ar fi fost valabil, aplicabil, iar experiența similară ar fi fost luată în considerare așa cum susține, în cazul în care ...SRL ar fi avut calitatea de asociat în cadrul membrilor grupului asocierii ofertante. S-a ținut cont de experiența similară prezentată de către terțul susținător ...SRL, dar și de prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017, astfel experiența similară prezentată de către ...SRL, având calitatea de terț și subcontractant, este considerată ca fiind *Contractul nr. 4*.

Astfel, achizitoarea apreciază că asocierea ...SRL (lider asociere) - ... SRL (asociat 1) - ... SRL (asociat 2) - ... SRL (asociat 3), a prezentat experiența similară după cum urmează:

- Contractul nr. 1 - (659/23.02.2018) prezentat de către E.M. ...SRL - 6.909.767,69 lei fără TVA (executant unic),

- Contractul nr. 2 - (4855/21.03.2016) prezentat de către ... SRL - 10.075.935,37 lei fără TVA (executant unic),

Contractul nr. 3 - (3349/16.05.2018) prezentat de către ... SRL - 5.648.678,77 lei fără TVA, (Contractul nr. 3349/16.05.2018 a fost executat de asocierea ...SRL - ... SRL pentru partea de execuție, fiecare asociat având o pondere de 50%, fiind altă asociere decât cea în care participă în procedura contestată).

Autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- prin documentația de atribuire și prin evaluarea documentelor de calificare nu a fost încălcat dreptul operatorilor economici de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități;

- *s-a luat în considerare Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2; se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte, contractul prezentat de ...SRL ca experiență similară este considerat Contractul nr. 4, iar valoarea prezentată de către asociere ca și experiență similară, în valoare cumulată de minimum 25.000.000,00 lei, fără TVA, nu este îndeplinită;*

- *nu a îngrădit și a dat conform Legii* "Posibilitatea demonstrării îndeplinirii unor criterii de calificare/selecție privind situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională prin cumul între ofertant și terțul susținător

sau integral de către terț(i) susținător(i)", *iar în cazul de față prin cumul între ofertant și terțul susținător sau integral de către terț(i) susținător(i), însă fără a se depăși numărul de contracte, așa cum s-a solicitat;*

- *nu a îngădit și a dat posibilitatea conform legislației naționale, precum și directivelor europene și jurisprudenței CJUE în materie, ca îndeplinirea criteriului de calificare/selecție poate fi realizată în oricare din următoarele modalități: Cumul între candidat/ofertant și un terț susținător; Cumul între candidat/ofertant și mai mulți terți susținători; Cumul între membrii asocierii și un terț susținător; Cumul între membrii asocierii și mai mulți terți susținători; Integral de terțul/terții susținători.*

- nu poate să omită cerințele din documentația de atribuire fără a se depăși numărul de contracte, cum s-a solicitat. În situația în care cerința nu era clară, sau considerată abuzivă, ofertantul avea posibilitatea solicitării unor clarificări, or, în situația în care nu a făcut acest demers și a depus ofertă în cadrul procedurii de achiziție publică, acest ofertant și-a asumat conținutul documentației de atribuire, care și-a consolidat caracterul obligatoriu;

- în privința Instrucțiunii nr. 2/2017, afirmă că îi este cunoscut faptul că legiuitorul a prevăzut această posibilitate tocmai pentru a veni în sprijinul acelor operatori economici care singuri nu pot îndeplini cerințele impuse;

- referitor la jurisprudența invocată de către ofertant, precizează că acestea sunt apreciate și studiate, însă nu sunt aplicabile, deoarece nu a fost îngădit dreptul ofertanților.

Acuzele aduse sunt de fapt o interpretare neargumentată și denaturată a modului în care comisia de evaluare și-a exercitat atribuțiile și obligațiile stabilite de lege.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, prezentate de ofertanți, consideră că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

Față de cele prezentate, solicită Consiliului să soluționeze contestația luând în considerare consecințele acesteia asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, deoarece ar putea avea consecințe grave asupra interesului public, argumentele invocate de către contestatoare fiind neîntemeiate și nefondate, iar contestația amână considerabil semnarea contractului și pierderea finanțării obiectivului de investiții.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, solicită Consiliului să respingă contestația depusă, ca nefondată, și să îi permită să continue procedura și să semneze contractul de execuție.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 65400/28.11.2023, fiind atașate punctului de vedere asupra contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție: „Rețea de canalizare și stație de epurare ..., județul ...”, cod CPV 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN.../19.09.2023.*

Din informațiile anunțului de participare simplificat, s-a reținut că valoarea estimată a contractului este de 26.074.901,19 lei, fără TVA, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 05.10.2023, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, respectiv de respingerea ofertei sale, ...SRL, lider al asocierii ...SRL – ... SRL – ... SRL – ...SRL, a înaintat contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 88.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209737308/1 eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria, la data de 21.11.2023.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că aceasta este îndreptată împotriva deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei ...SRL, motivele respingerii fiind comunicate cu adresa nr. 7297/15.11.2023, astfel:

În data de 18.10.2023, ora 15:32, autoritatea contractantă a transmis prin intermediul SEAP, către Asocierea S.C. E.M. ...S.R.L (lider asociere); S.C. ... S.R.L. (asociat 1); S.C. ... S.R.L. (asociat 2); S.C. ... S.R.L. (asociat 3), solicitarea de clarificări înregistrată cu nr. 6742/ 18.10.2023, cu data limită de răspuns 20.10.2023.

În data de 20.10.2023, ora 19:38, Asocierea S.C. E.M. ...S.R.L (lider asociere); S.C. ... S.R.L. (asociat 1); S.C. ... S.R.L. (asociat 2); S.C. ... S.R.L. (asociat 3), a răspuns solicitării de clarificări prin adresa nr. 2075/ 20.10.2023- [SCN.../00073] Răspuns Ulmi.part2.rar; [SCN.../00074] Răspuns Ulmi. Part1. rar.

În urma analizei răspunsului ofertantului:

Solicitări clarificări 1: Având în vedere experiența similară asumată prin DUAE - pentru contractele de achiziție de lucrări, va rugăm clarificați dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință nr. 3349/16.05.2018, încheiat între Asocierea SC ...SRL & SC ... SRL&SC ... SRL, au fost responsabili, fiecare SC ...SRL & SC ... SRL, pentru anumite activități/lucrări, SAU au fost responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun.

Răspuns solicitare clarificări 1: *„Contractul 3349/ 16.05.2018 în care executanța asociați au fost SC ...SRL și SC ... SRL a fost executat la comun de către cei doi, aceștia fiind responsabili pentru tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun, fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform cărora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă. Cel de-al treilea asociat SC ... SRL s-a ocupat strict de partea de proiectare.”*

Analiza răspuns solicitare de clarificări 1: Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul nu a adus lămuriri comisiei de evaluare, motiv pentru care se vor solicita clarificări.

(...)

Solicitare nr. 2: Având în vedere experiența similară asumată prin DUAE de către Asocieria S.C. E.M. ...S.R.L (lider asociere); S.C. ... S.R.L. (asociat 1); S.C. ... S.R.L. (asociat 2); S.C. ... S.R.L. (asociat 3), pentru contractele de execuție lucrări, ca și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. I din Adresa răspuns nr. 2075/20.10.2023, comisia de evaluare înțelege prezentarea experienței similare pentru contractele de lucrări, astfel:

- Contractul nr. 1 (659/23.02.2018) -> prezentat de către E.M. ...S.R.L. - 6.909.767,69 lei fără TVA
- Contractul nr. 2 (4855/21.03.2016) -> prezentat de către ... S.R.L. - 10.075.935,37 lei fără TVA
- Contractul nr. 3 (3349/16.05.2018) -> prezentat de către ... S.R.L. - 5.648.678,77 lei fără TVA,

și așa cum ați precizat în răspunsul la solicitarea de clarificări, "aceștia fiind responsabili pentru, tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun, fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform cărora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.", luând în considerare Instrucțiunea nr. 2/2017, NOTA Nr. 2, atunci se va considera ca fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă, "A.2. Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă. Exemplu: Operatorul economic A a fost asociat cu operatorul economic B într-un contract de construcție de autostrăzi de 100.000.000 lei, fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/individualizate, fiecare fiind realizată în comun de către cei 2 asociați prin cumularea resurselor acestora. Procentele de asociere au fost: operatorul economic A - 55% și operatorul economic B - 45%. Astfel, contractul respectiv va fi considerat ca referință în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară după cum urmează: - pentru operatorul economic A: construcție de autostradă în valoare de 55.000.000 lei; - pentru operatorul economic B: construcție de autostradă în valoare de 45.000.000 lei.", atunci contractul prezentat de S.C. ...S.R.L ca experiență similară este considerat Contractul nr. 4.

Va rugăm să justificați îndeplinirea cerinței "Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor lucrări, similare sau superioare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul prezentului contract, realizate în mod corespunzător, în valoare cumulată de minimum 25.000.000,00 lei, fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte (Această valoare trebuie să reprezinte numai partea executată de operatorul economic ofertant, în cazul în care a participat într-o asociere sau ca subcontractor.)", având în vedere cele mai sus expuse.

Răspuns solicitare clarificări 2: "În prezenta procedură de atribuire, pentru a face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară Asocieria ...SRL - ... SRL - ... SRL s-a prevalat de un număr de 3 (trei) contracte, menționate și în adresa autorității contractante, astfel:

- Contractul nr. 1 - nr. 659/23.02.2018, prezentat de către ...SRL;
- Contractul nr. 2 - nr. 4855/21.03.2016, prezentat de către ... SRL;
- Contractul nr. 3 - nr. 3349/16.05.2018, prezentat de către ... SRL și tertul sustinator ...SRL

În ceea ce privește contractul nr. 3349/16.05.2018 invocat ca experiență similară atât de asociatul ... S.R.L cât și de tertul susținător ...S.R.L., sunt aplicabile

prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căruia: „(1) în situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (2) În situația în care se solicită îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, conform prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), cerința va fi îndeplinită în situația în care asocierea respectivă, care participă la procedură, a îndeplinit un asemenea contract.” Astfel, în cazul de față, având în vedere calitatea de terț susținător declarat în cadrul ofertei noastre a operatorului economic ...S.R.L., este aplicabil exemplul stabilit de legiuitor la alin. (2) al art. 14 din Instrucțiunea 2/2017, respectiv: „Exemplu: Dacă autoritatea/entitatea contractanta a solicitat, în cuprinsul documentației de atribuire, prezentarea unui. singur contract în valoare de minimum 1.000.000 lei, iar asocierea formată din operatorii economici A și B prezintă, ca experiență similară, un contract în valoare de 1.100.000 lei, realizat în comun de respectivii operatori economici A și B, acest lucru conduce la îndeplinirea cerinței în discuție.” Prin urmare, în aplicarea principiului de drept potrivit căruia pentru aceeași rațiune se impune aceeași soluție (*ubi eadem ratio eadem solutio*), la analiza ofertei noastre contractul nr. 3349/16.05.2018 realizat în asociere de ofertantul asociat ... S.R.L. și terțul susținător ...S.R.L. va trebui interpretat ca și contract unic, iar valoarea experienței similare aferente acestui contract va fi egală cu suma părților executate de asociații ... S.R.L. și ...S.R.L., participanți la prezenta procedură de atribuire. Pe de altă parte, interpretarea dvs. potrivit căreia contractul nr. 3349/16.05.2018 va fi considerat ca două contracte distincte, respectiv contractul nr. 3 pentru ofertantul asociat ... S.R.L. și contractul nr. 4 pentru terțul susținător ...S.R.L. determină o divizare artificială a unui contract de achiziție publică care este unic. Facem precizarea că prevederile Notei nr. 2, cazul A.2 din art. 14 al Instrucțiunii AN AP nr. 2/2017 ar fi fost aplicabile în cazul în care terțul susținător ...S.R.L. nu ar fi fost implicat în prezenta procedură, caz în care valoarea experienței similare aferente contractului nr. 3349/16.05.2018 prezentat de ofertantul asociat ... S.R.L. ar fi fost egală cu procentul său de participare în asocierea executantă a contractului respectiv. În concluzie, în prezenta procedură de atribuire asocierea s-a folosit de 3 (trei) contracte pentru îndeplinirea cerinței experienței similare, iar nu de 4 (patru), după cum a concluzionat autoritatea în adresa menționată mai sus, iar precizarea din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 “fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă” trebuie înțeleasă nu prin referire la numărul de contracte, ci la faptul că fiecare operator economic a derulat un contract pe care îl poate invoca drept experiență similară. Vă rugăm să aveți în vedere și jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) potrivit căreia este recunoscut dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități (spre exemplu, Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C324/14, EU:C:2016:214, punctul 33 și jurisprudența citată). Potrivit considerentelor Hotărârii pronunțate de CJUE în Cauza C387/14 Esaprojekt sp. z o.o., acest drept statuat de jurisprudență și preluat în legislația europeană (art. 67 din Directiva 2014/24/UE) și cea națională (art. 182 din Legea nr. 98/2016) poate fi limitat numai în ipoteza în care, prin raportare la caracterul indivizibil al unui contract determinat, s-ar impune prin documentația de atribuire ca nivelul minim al capacității în cauză să fie atins de un operator economic unic sau, dacă este cazul, prin recurgerea la un număr limitat de operatori economici. Ori, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus ca experiența similară să fie demonstrată prin capacitățile unui singur operator economic sau ale unui număr determinat de operatori economici, devin aplicabile inclusiv prevederile din ÎNDRUMARE privind instituția “terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, respectiv pct. 3.

Posibilitatea demonstrării îndeplinirii unor criterii de calificare/selecție privind situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională prin cumul între ofertant și terțul susținător sau integral de către terț(i) susținător(i) Așa cum rezultă și din legislația națională, precum și din directivele europene și jurisprudența CJUE în materie, îndeplinirea criteriului de calificare/selecție poate fi realizată în oricare din următoarele modalități: Cumul între candidat/ofertant și un terț susținător; Cumul între candidat/ofertant și mai mulți terți susținători; Cumul între membrii asocierii și un terț susținător; Cumul între membrii asocierii și mai mulți terți susținători; Integral de terțul/terții susținători. În acest context legislativ și jurisprudențial invocat, apreciem ca fiind disproporționată interpretarea potrivit căreia trebuie divizat un contract de achiziție unic, realizat în asociere de 2 operatori economici care invocă prin cumul permis de lege, experiența similară dobândită în cadrul respectivului contract, fiecare în funcție de cota sa de participare la îndeplinirea aceluiași contract indizibil."

Analiza răspuns solicitare de clarificari 2: In urma răspunsului la solicitarea de clarificari facem urmatoarele precizări:

> Fata de afirmația: "În ceea ce privește contractul nr. 3349/16.05.2018 invocat ca experiență similară atât de asociatul ... S.R.L. cât și de terțul susținător ...S.R.L., sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căruia:

„(1) în situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (2) în situația în care se solicită îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, conform prevederilor art. 6 alin. (1) Ut. a), cerința va fi îndeplinită în situația Ofertant asociat Asocierea S.C. E.M. ...S.R.L. & ... S.R.L. & ... S.R.L. & S.C. ... S.R.L. în care asocierea respectivă, care participă la procedură, a îndeplinit un asemenea contract.",

face precizarea, ca, la solicitarea de clarificari (1) nr. 6742/ 18.10.2023, prin care comisia a solicitat "Având în vedere experiența similară asumată prin DUAE - pentru contractele de achiziție de lucrări, va rugăm clarificați dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință nr. 3349/16.05.2018, încheiat între Asocierea SC ...SRL & SC ... SRL&SC ... SRL au fost responsabili, fiecare SC ...SRL & SC ... SRL, pentru anumite activități/lucrări, SAU au fost responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun.",

ofertantul a raspuns (prin Adresa nr. 2075/20.10.2023), in mod clar "Contractul 3349/16.05.2018 in care executantii asociați au fost SC ...SRL si SC ... SRL a fost executat la comun de către cei doi, aceștia fiind responsabili pentru tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun., fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform carora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă. Cel de-al treilea asociat SC ... SRL s-a ocupat strict de partea de proiectare.",

astfel, in conformitate cu neclaritatea comisiei de evaluare dar mai ales cu răspunsul ofertantului prin care invoca prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 "Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2", comisia de evaluare a luat in calcul ipoteza: contractul prezentat de S.C. ...S.R.L ca experinta similara ca fiind Contractul nr. 4.

-Legislație: INSTRUCȚIUNEA Nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale

NOTA Nr. 2: În situația în care un operator economic participă la procedura de atribuire singur sau în asociere cu alt (alți) operator(i) economic(i) și prezintă pentru îndeplinirea cerinței de calificare un contract ce a fost realizat într-o asociere (altă decât cea în care participă acum), vor fi avute în vedere de către comisia de evaluare următoarele repere în luarea deciziei cu privire la admisibilitatea în raport cu experiența similară:

(În situația de fapt:

Asocierea:

S.C. E.M. ...S.R.L (lider asociere); S.C. ... S.R.L. (asociat 1); S.C. ... S.R.L. (asociat 2); S.C. ... S.R.L. (asociat 3),

pentru contractele de execuție lucrări, cât și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1 din Adresa răspuns nr. 2075/20.10.2023, comisia de evaluare înțelege prezentarea experienței similare pentru contractele de lucrări, astfel:

- Contractul nr. 1 - (659/23.02.2018) -> prezentat de către E.M. ...S.R.L. - 6.909.767,69 lei fără TVA (executant unic)

- Contractul nr. 2 - (4855/21.03.2016) -> prezentat de către ... S.R.L. - 10.075.935,37 lei fără TVA (executant unic)

- Contractul nr. 3 - (3349/16.05.2018) -> prezentat de către ... S.R.L. - 5.648.678,77 lei fără TVA, (Contractul 3349/16.05.2018 a fost executat de Asocierea SC ...SRL&SC.....SRL pentru partea de execuție, fiecare Asociat având o pondere de 50%, fiind altă Asociere decât cea în care participă acum la prezenta procedură.

Astfel, au fost avute în vedere de către comisia de evaluare următoarele repere în luarea deciziei cu privire la admisibilitatea în raport cu experiența similară:

A. În cazul în care cerința privind experiența similară este stabilită în corelație cu un plafon valoric (valoare monetară):

(În situația de fapt, în Fisa de date este solicitat la cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: "Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor lucrări similare sau superioare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul prezentului contract, realizate în mod corespunzător, în valoare cumulată de minimum 25.000.000,00 lei, fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte (Această valoare trebuie să reprezinte numai partea executată de operatorul economic ofertant, în cazul în care a participat într-o asociere sau ca subcontractor.).

A.2. Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.

Exemplu: Operatorul economic A (În situația de fapt ... S.R.L.,) a fost asociat cu operatorul economic B (În situația de fapt SC ...SRL) într-un contract (În situația de fapt Contractul 3349/16.05.2018 -> prezentat de către ... S.R.L. - 5.648.678,77 lei fără TVA, contract ce a fost executat de Asocierea SC ...SRL (5.648.678,77 lei fără TVA) & SC. ... SRL (5.648.678,77 lei fără TVA) pentru partea de execuție, fiecare Asociat având o pondere de 50%, fiind altă Asociere decât cea în care participă acum la prezenta procedură) de construcție de autostrăzi de 100.000.000 lei, fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/individualizate, fiecare fiind realizată în comun de către cei 2 asociați prin cumularea resurselor acestora (În situația de fapt conform Adresei ofertantului nr. 2075/20.10.2023 "Contractul 3349/16.05.2018 în care executanții asociați au fost SC ...SRL și SC ... SRL a fost executat la comun de către cei doi, aceștia fiind responsabili pentru tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun, fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform cărora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în

comun, atunci se va considera ca fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea — aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.")

Procentele de asociere au fost: operatorul economic A - 55% și operatorul economic B - 45%. Astfel, contractul respectiv (In situatia de fata Contractul 3349/16.05.2018, contract ce a fost executat de Asocierea SC ...SRL (5.648.678,77 lei fara TVA) - 50% & SC.....SRL (5.648.678,77 lei fara TVA) - 50% pentru partea de execuție, fiecare Asociat avand o pondere de 50%,) va fi considerat ca referință în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară după cum urmează: - pentru operatorul economic A: construcție de autostradă în valoare de 55.000.000 lei: - pentru operatorul economic B: construcție de autostradă în valoare de 45.000.000 lei.

Tot fata de acest aspect, menționam ca autoritatea contractanta a manifestat un rol activ și a abordat o atitudine deschisă, solicitând ofertantului (prin solicitarea de clarificari nr. 7010/31.10.2023) să lămurească aspectul semnalat, sa prezinte clarificări bineînțelese, in masura in care clarificarile/completarile aduse de ofertant in legătură cu experiența similara, reprezintă erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este sustinuta in mod neechivoc de sensul si c ie continutul altor informații existente inițial in alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect in raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire,

iar ofertantul prin Adresa nr. 2168/02.11.2023, isi schimba poziția din cadrul Adresei nr. 2075/20.10.2023, invocând prevederile in ceea ce privește contractul nr. 3349/16.05.2018 invocat ca experiență similară atât de asociatul ... S.R.L. cât și de terțul susținător ...S.R.L., sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) si (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017..."

Prin cele mai sus mentionate aratam ca ofertantul nu isi menține poziția fata de Răspunsurile pe care le prezintă autorității contractante, si nu a avut în vedere prevederile din Instrucțiunea nr. 2/2017, iar acest fapt a dus la o interpretare eronată a legislației. Această Instrucțiune a fost emisă tocmai pentru a clarifica și a aduce completări privind modul de aplicare și interpretare a articolelor 178 și 179 din Legea 98/2016. Stabilirea cerinței privind experiență similară s-a făcut cu respectarea prevederilor din Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, având în vedere complexitatea și valoarea estimată a contractului de lucrări fiind un Contract complex din punct de vedere tehnic, astfel, autoritatea contractantă a considerat că pentru realizarea obiectivului de investiție la cel mai bun standard, operatorii economici trebuie să dispună de o experiență similară anterioară, la nivelul contractului în cauză.

Comisia de evaluare mai puncteaza că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând sa-si modifice răspunsurile la solicitările de clarificari.

Tot fata de cele mai sus mentionate, precizam ca afirmația "sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căruia: „(1) In situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (2) în situația în care se solicită îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, conform prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), cerința va fi îndeplinită în situația Ofertant asociat Asocierea S.C. E.M. ...S.R.L. & ... S.R.L. & ... S.R.L. & S.C ... S.R.L. în care asocierea respectivă, care participă la procedură, a îndeplinit un asemenea contract.",

este una nefondata, neavand aplicativitate in situatia de fata: (...).

În contextul celor mai sus citate, se reține că divergența dintre părți privește modul de îndeplinire de către asocierea SC ...SRL & ... SRL & ... SRL & SC ... SRL a cerinței vizând experiența similară.

Prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională - Listă și descriere succintă a criteriilor de selecție, s-au solicitat, pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat: Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor lucrări similare sau superioare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul prezentului contract, realizate în mod corespunzător, în valoare cumulată de minimum 25.000.000,00 lei, fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul **a maximum 3 contracte** (Această valoare trebuie să reprezinte numai partea executată de operatorul economic ofertant, în cazul în care a participat într-o asociere sau ca subcontractor.)

Pentru îndeplinirea cerinței, ofertanta a depus și autoritatea contractantă a reținut următoarele contracte:

- Contractul nr. 1 - (659/23.02.2018) -> prezentat de către E.M. ...S.R.L. - 6.909.767,69 lei fara TVA (executant unic)
- Contractul nr. 2 - (4855/21.03.2016) -> prezentat de către ... S.R.L. - 10.075.935,37 lei fara TVA (executant unic)
- Contractul nr. 3 - (3349/16.05.2018) -> prezentat de către ... S.R.L. - 5.648.678,77 lei fara TVA, (Contractul 3349/16.05.2018 a fost executat de Asocierea SC ...SRL & SC.....SRL pentru partea de execuție, fiecare Asociat având o pondere de 50%, fiind alta Asociere decât cea în care participă acum la prezenta procedura.

Relevante în soluționarea cauzei sunt solicitarea de clarificări nr. 6742/18.10.2023, **solicitarea de clarificări 1:** Având în vedere experiența similară asumată prin DUAЕ - pentru contractele de achiziție de lucrări, vă rugăm clarificați dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință nr. 3349/16.05.2018, încheiat între Asocierea SC ...SRL & SC ... SRL&SC ... SRL, au fost responsabili, fiecare SC ...SRL & SC ... SRL, pentru anumite activități/lucrări, SAU au fost responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun; **și răspunsul transmis cu adresa nr. 2075/20.10.2023: Răspuns solicitare clarificări 1:** „Contractul 3349/ 16.05.2018 în care executanta asociați au fost SC ...SRL și SC ... SRL a fost executat la comun de către cei doi, aceștia fiind responsabili pentru tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun, fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform cărora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă. Cel de-al treilea asociat SC ... SRL s-a ocupat strict de partea de proiectare.”

De asemenea, este de amintit solicitarea de clarificări nr. 7010/31.10.2023, **Solicitare nr. 2:** Având în vedere experiența similară asumată prin DUAЕ de către Asocierea S.C. E.M. ...S.R.L. (lider asociere); S.C. ... S.R.L. (asociat 1); S.C. ... S.R.L. (asociat 2); S.C. ... S.R.L. (asociat 3), pentru contractele de execuție lucrări, cât și răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1 din Adresa răspuns nr. 2075/20.10.2023, comisia de evaluare înțelege prezentarea experienței similare pentru contractele de lucrări, astfel:

- Contractul nr. 1 (659/23.02.2018) -> prezentat de către E.M. ...S.R.L. - 6.909.767,69 lei fara TVA
- Contractul nr. 2 (4855/21.03.2016) -> prezentat de către ... S.R.L. - 10.075.935,37 lei fara TVA

- Contractul nr. 3 (3349/16.05.2018) -> prezentat de către ... S.R.L. - 5.648.678,77 lei fara TVA, si asa cum ati precizat in răspunsul la solicitarea de clarificari, "aceștia fiind responsabili pentru, tot ansamblul contractului, punând resursele lor la comun, fiind aplicabile dispozițiilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, Art. 14, Nota 2, pct. A2 conform carora: Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.", luând in considerare Instrucțiunea nr. 2/2017, NOTA Nr. 2, atunci se va considera ca fiecare membru al asocierii a executat un contract avand valoarea aferenta procentului sau de participare in asocierea respectiva, "A.2. Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă. Exemplu: Operatorul economic A a fost asociat cu operatorul economic B într-un contract de construcție de autostrăzi de 100.000.000 lei, fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/individualizate, fiecare fiind realizată în comun de către cei 2 asociați prin cumularea resurselor acestora. Procentele de asociere au fost: operatorul economic A - 55% și operatorul economic B - 45%. Astfel, contractul respectiv va fi considerat ca referință în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară după cum urmează: - pentru operatorul economic A: construcție de autostradă în valoare de 55.000.000 lei; - pentru operatorul economic B: construcție de autostradă în valoare de 45.000.000 lei.", atunci contractul prezentat de S.C. ...S.R.L ca experinta similara este considerat Contractul nr. 4.

Va rugam justificati indeplinirea cerinței "Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) trebuie să demonstreze ca a dus la bun sfarsit in ultimii 5 ani calculați pana la datei limita stabilita pentru depunerea ofertelor lucrări, similare sau superioare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul prezentului contract, realizate în mod corespunzător, în valoare cumulată de minimum 25.000.000,00 lei, fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte (Aceasta valoare trebuie sa reprezinte numai partea executata de operatorul economic ofertant, in cazul in care a participat intr-o asociere sau ca subcontractor.)", avand in vedere cele mai sus expuse.

și răspunsul transmis cu adresa nr. 2168/02.11.2023, răspuns solicitare clarificari 2: "In prezenta procedură de atribuire, pentru a face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară Asocierea ...SRL - ... SRL - ... SRL - ...SRL s-a prevalat de un număr de 3 (trei) contracte, menționate și în adresa autorității contractante, astfel:

- Contractul nr. 1 - nr. 659/23.02.2018, prezentat de către ...SRL;
- Contractul nr. 2 - nr. 4855/21.03.2016, prezentat de către ... SRL;
- Contractul nr. 3 - nr. 3349/16.05.2018, prezentat de către ... SRL și tertul sustinator ...SRL

In ceea ce privește contractul nr. 3349/16.05.2018 invocat ca experiență similară atât de asociatul ... S.R.L cât și de tertul susținător ...S.R.L., sunt aplicabile prevederile art. 14 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căruia: „(1) în situația în care un operator economic nu poate îndeplini cerința referitoare la experiența similară, acesta are posibilitatea de a se asocia cu un alt operator economic în vederea depunerii unei oferte comune sau poate invoca susținerea unor terți, caz în care experiența similară se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. (2) In situația în care se solicită îndeplinirea cerinței prin prezentarea unui singur contract, conform prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), cerința va fi îndeplinită în situația în care asocierea respectivă, care participă la procedură, a îndeplinit un asemenea contract."

Astfel, în cazul de față, având în vedere calitatea de terț susținător declarat în cadrul ofertei noastre a operatorului economic ...S.R.L., este aplicabil exemplul stabilit de legiuitor la alin. (2) al art. 14 din Instrucțiunea 2/2017, respectiv: „Exemplu: Dacă autoritatea/entitatea contractanta a solicitat, în cuprinsul documentației de atribuire, prezentarea unui singur contract în valoare de minimum 1.000.000 lei, iar asocierea formată din operatorii economici A și B prezintă, ca experiență similară, un contract în valoare de 1.100.000 lei, realizat în comun de respectivii operatori economici A și B, acest lucru conduce la îndeplinirea cerinței în discuție.” Prin urmare, în aplicarea principiului de drept potrivit căruia pentru aceeași rațiune se impune aceeași soluție (*ubi eadem ratio eadem solutio*), la analiza ofertei noastre contractul nr. 3349/16.05.2018 realizat în asociere de ofertantul asociat ... S.R.L. și terțul susținător ...S.R.L. va trebui interpretat ca și contract unic, iar valoarea experienței similare aferente acestui contract va fi egală cu suma părților executate de asociații ... S.R.L. și ...S.R.L., participanți la prezenta procedură de atribuire.

Pe de altă parte, interpretarea dvs. potrivit căreia contractul nr. 3349/16.05.2018 va fi considerat ca două contracte distincte, respectiv contractul nr. 3 pentru ofertantul asociat ... S.R.L. și contractul nr. 4 pentru terțul susținător ...S.R.L. determină o divizare artificială a unui contract de achiziție publică care este unic. Facem precizarea că prevederile Notei nr. 2, cazul A.2 din art. 14 al Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 ar fi fost aplicabile în cazul în care terțul susținător ...S.R.L. nu ar fi fost implicat în prezenta procedură, caz în care valoarea experienței similare aferente contractului nr. 3349/16.05.2018 prezentat de ofertantul asociat ... S.R.L. ar fi fost egală cu procentul său de participare în asocierea executantă a contractului respectiv.

În concluzie, în prezenta procedură de atribuire asocierea s-a folosit de 3 (trei) contracte pentru îndeplinirea cerinței experienței similare, iar nu de 4 (patru), după cum a concluzionat autoritatea în adresa menționată mai sus, iar precizarea din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 “fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă” trebuie înțeleasă nu prin referire la numărul de contracte, ci la faptul că fiecare operator economic a derulat un contract pe care îl poate invoca drept experiență similară.

(...)

Potrivit Instrucțiunii nr. 2/2017, NOTA Nr. 2:

În situația în care un operator economic participă la procedura de atribuire singur sau în **asociere cu alt (alți) operator(i) economic(i)** și prezintă pentru îndeplinirea cerinței de calificare **un contract ce a fost realizat într-o asociere (alta decât cea în care participă acum)**, vor fi avute în vedere de către comisia de evaluare următoarele repere în luarea deciziei cu privire la admisibilitatea în raport cu experiența similară:

A. În cazul în care cerința privind experiența similară este stabilită în corelație cu un plafon valoric (valoare monetară)(...)

A.2. Dacă **membrii asocierii** care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că **fiecare membru al asocierii a executat un contract** având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.

Exemplu: Operatorul economic A a fost asociat cu operatorul economic B într-un contract de construcție de autostrăzi de 100.000.000 lei, fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/ individualizate, fiecare fiind realizată în comun de către cei 2 asociați prin cumularea resurselor acestora. Procentele de asociere au fost: operatorul economic A - 55% și operatorul economic B - 45%. Astfel, contractul respectiv va fi considerat ca referință în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară după cum urmează:

- pentru operatorul economic A: construcție de autostradă în valoare de 55.000.000 lei;
- pentru operatorul economic B: construcție de autostradă în valoare de 45.000.000 lei.

Interpretând aceste dispoziții legale, autoritatea contractantă a apreciat că, din contractul nr. 3349/16.05.2018 prezentat atât de asociatul ... SRL, cât și de terțul susținător ...SRL, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară se poate considera un contract pentru

asociatul ... SRL și un contract pentru terțul susținător ...SRL, fiecare raportat la procentul de implicare al societăților.

Sunt de amintit și prevederile art. 29 alin. (1) din nomele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, care stabilesc scopul criteriilor de calificare, respectiv demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, cât și instituția terțului susținător respectiv dispozițiile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, **să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională**, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

Astfel cum rezultă și din solicitările de clarificări (solicitarea de clarificare 3 citată la pag. 3 din comunicarea privind rezultatul procedurii), autoritatea contractantă a verificat îndeplinirea de către terțul susținător a cerințelor prevăzute la art. 182 alin. (4) din lege (Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament) și a considerat cerința îndeplinită.

Ca prim aspect, astfel cum a reținut și autoritatea contractantă, într-adevăr, răspunsurile ofertantei, respectiv adresele nr. 2075/20.10.2023 și 2168/02.11.2023, au un conținut contradictoriu, în sensul în care, în prima adresă este invocat art. 14, Nota 2, pct. A.2, din instrucțiunea amintită, pentru ca, în cea de-a doua adresă, să se aprecieze că *nu ar fi aplicabilă această notă*.

Analizând ipotezele din Instrucțiunea invocată de ambele părți, se poate constata că asocierea nu se află în niciuna dintre acestea.

Astfel, art. 14 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 2/2017 potrivit căruia În situația în care se solicită îndeplinirea cerinței **prin prezentarea unui singur contract**, conform prevederilor art. 6 alin. (1) lit. a), cerința va fi îndeplinită în situația în care **asocierea respectivă, care participă la procedură**, a îndeplinit un asemenea contract.

Exemplu: Dacă autoritatea/entitatea contractantă a solicitat, în cuprinsul documentației de atribuire, prezentarea **unui singur contract** în valoare de minimum 1.000.000 lei, iar asocierea formată din operatorii economici A și B prezintă, ca experiență similară, un contract în valoare de 1.100.000 lei, realizat în comun de respectivii operatori economici A și B, acest lucru conduce la îndeplinirea cerinței în discuție, este foarte clar, făcând referire la prezentarea, în cadrul procedurii, a unui singur contract de către *aceeași asociere care a îndeplinit anterior respectivul contract*. Or, în speță, nu ne aflăm în situația participării la procedură a *aceleiași asocieri* care a executat contractul nr. 3349/ 16.05.2018, ci a unei asocieri diferite, beneficiară a susținerii de către un terț susținător, ...SRL, cu care, anterior, unul dintre asociați (... SRL) a format o asociere. Contractul în discuție putea

fi considerat *un singur contract* și luat în calcul la stabilirea experienței similare conform celor de mai sus, în situația în care, în procedura de față, *terțul susținător ar fi fost asociat*.

Așadar, prevederile mai sus citate nu sunt aplicabile.

În ceea ce privește situația prevăzută la Nota 2, pct. A.2. Dacă **membrii asocierii** care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că **fiecare membru al asocierii a executat un contract** având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.

Exemplu: Operatorul economic A a fost asociat cu operatorul economic B într-un contract de construcție de autostrăzi de 100.000.000 lei, fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/ individualizate, fiecare fiind realizată în comun de către cei 2 asociați prin cumularea resurselor acestora. Procentele de asociere au fost: operatorul economic A - 55% și operatorul economic B - 45%. Astfel, contractul respectiv va fi considerat ca referință în îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară după cum urmează:

- pentru operatorul economic A: construcție de autostradă în valoare de 55.000.000 lei;
- pentru operatorul economic B: construcție de autostradă în valoare de 45.000.000 lei.

din nou, se poate observa că instrucțiunea face referire la asocierea care a îndeplinit contractul, urmând a se lua în considerare contractul în funcție de procentul cu care au participat în asociere.

Pentru același contract (nr. 3349/16.05.2018) un cumul între un asociat (... SRL) și un terț susținător (...SRL) nu poate fi acceptat, contractul în discuție putând fi luat în calcul fie pentru ofertant fie pentru terțul susținător.

În ÎNDRUMAREA privind instituția "terțului susținător" așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, s-a prevăzut ca Așa cum rezultă și din legislația națională, precum și din directivele europene și jurisprudența CJUE în materie, îndeplinirea criteriului de calificare/selecție poate fi realizată în oricare din următoarele modalități:

- Cumul între candidat/ofertant și un terț susținător;
- Cumul între candidat/ofertant și mai mulți terți susținători;
- **Cumul între membrii asocierii și un terț susținător;**
- Cumul între membrii asocierii și mai mulți terți susținători;
- Integral de terțul/terții susținători.

Excepții de la regula cumulului sunt:

• Formularea criteriului legat de numărul de contracte prin care poate fi atins nivelul solicitat/cantitatea solicitată prin formularea „**la nivelul unui contract**”, conform prevederilor art. 6 alin. (1), lit. a) și d) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 - **criteriul fie va fi demonstrat integral de ofertant/candidat, fie integral de un terț susținător.**

Rezultă așadar că, la nivelul *unui singur contract*, criteriul de calificare poate fi îndeplinit fie de ofertant, fie de terțul susținător, cumulul permis între membrii asocierii și un terț susținător făcând referire la cumul de contracte între aceștia (situația în care este solicitată prin documentație îndeplinirea cerinței prin intermediul mai multor contracte, cum este cazul de față), *nu la cumulul procentelor de la nivelul unui singur contract*. Pentru situația invocării unui singur contract (contractul nr. 3349/ 16.05.2018), valoarea contractului care urma să fie luată în calcul era fie cu valoarea executată de ofertant (asociat), fie cea a terțului susținător.

La nivelul unui contract, experiența similară va fi îndeplinită fie de ofertant (asociat în speță), fie de terțul susținător.

Așadar, pentru contractul nr. 3, putea fi luată în considerare fie experiența asociatului, fie experiența terțului susținător, nefiind acceptat cumulul între asociați și terț susținător, la nivelul aceluiași contract.

Numărul de maxim de trei contracte putea fi îndeplinit prin cumulul contractului 1 și 2 și din contractul nr. 3 fie valoarea pentru asociat (... SRL), fie valoarea pentru terțul susținător (...SRL).

Decizia autorității contracte de a nu cumula valoarea pentru asociat cu valoarea pentru terțul susținător în cadrul aceluiași contract (contractul nr. 3) este corectă. În cauză, nu este vorba despre o divizare a unu contract unic, cum susține contestatoarea, ci despre modul de îndeplinire a cerinței vizând experiența similară, în cazul în care se acordă susținerea din partea unui terț.

Față de această situație devin relevante dispozițiile art. 183 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167. (2) Dacă **terțul/ terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea** sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, **autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători** fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Așadar, autoritatea contractantă trebuia să solicite operatorului economic înlocuirea terțului susținător, cu un terț susținător care să fi executat un contract (contractul nr. 3) a cărui valoare, prin cumulul cu contractele nr. 1 și 2, să permită îndeplinirea cerinței.

În ceea ce privește criticile aduse faptului că autoritatea contractantă a comunicat decizia de respingere a ofertei contestatoarei, însă nu și rezultatul final al procedurii, astfel încât acesta să poată fi contestat integral, inclusiv atribuirea către un alt ofertant, dacă va fi cazul, se poate constata că, într-adevăr, comunicare privind rezultatul procedurii a fost transmisă ulterior finalizării etapei de evaluare a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea criteriilor de calificare, deși dispozițiile art. 214 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră Pe durata procesului de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a transmite candidaților/ofertanților **rezultate parțiale**, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces, respectiv rezultatul verificării candidaturilor/DUAЕ și rezultatul evaluării ofertelor, în conformitate cu condițiile specifice prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi a fost abrogat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 45/2018.

Potrivit art. 215 alin. (1) din același act normativ Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem

dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

Cum a arătat și contestatoarea, fiind transmis și un rezultat parțial, în cazul în care este nemulțumită atât de rezultatul parțial cât și de cel final este obligată să depună mai multe contestații și, implicit, să constituie cauțiunile aferente.

Cu toate acestea, dat fiind că s-a constatat că este necesară o reevaluare a ofertei asocierii ...SRL – ... SRL – ... SRL – ...SRL, a fost acoperită situația legată de transmiterea prematură a rezultatului procedurii, în urma reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă fiind obligată să comunice rezultatul procedurii cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare, respectiv art. 215 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește solicitarea de plată a cheltuielilor determinate de soluționarea litigiului, aceasta urmează a fi respinsă, nefiind depuse înscrisuri pentru dovedirea cheltuielilor.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite contestația formulată de ...SRL, lider al asocierii ...SRL – ... SRL – ... SRL – ...SRL, și va dispune reevaluarea ofertei vizavi de modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ...SRL, lider al asocierii ...SRL – ... SRL – ... SRL – ...SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează procesul-verbal nr. 7296/ 15.11.2023 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii amintite, și comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 7297/15.11.2023 transmisă asocierii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ...SRL – ... SRL – ... SRL – ...SRL, în privința modului de îndeplinire a cerinței vizând experiența similară, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat asocierii în termenul legal.

Respinge solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...