CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin înscrisul denumit notificare prealabilă nr.118/04.12.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., formulată de către S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal de ..., în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. și ..., împotriva adresei nr.144887/24.11.2017 privind anularea procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr.74709/OPC/22.11.2017, publicat în SEAP în data de ..., emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, online, a contractului de servicii având ca obiect *„..."*, cod CPV: ... (Rev.2) și ... (Rev.2), s-a solicitat:

„i. Anularea/revocarea raportului de anulare a procedurii și a tuturor actelor subsecvente,

ii. Anularea/revocarea comunicării transmise către subscrisa în calitate de lider al asocierii,

iii. Continuarea procedurii de atribuire din stadiul în care era înainte de anulare".

Prin contestația nr.1186/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal de ..., împotriva adresei nr.144889/24.11.2017 privind anularea procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr.74709/OPC/22.11.2017, publicat în

SEAP în data de ..., emise de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

„i. Anularea/revocarea raportului de anulare a procedurii și a tuturor actelor subsecvente

ii. Anularea/revocarea comunicării transmise către subscrisa în calitate de lider al asocierii

iii. Continuarea procedurii de atribuire din stadiul în care era înainte de anulare”.

Aplicând dispozițiile art.17 alin.2 din Legea nr.101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele două dosare.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin înscrisul denumit „Notificare prealabilă”, înregistrat la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al Asocierii S.C. ... S.R.L. și ..., critică adresa nr.144887/24.11.2017 privind anularea procedurii de atribuire și raportul procedurii nr.74709/OPC/22.11.2017, publicat în SEAP în data de ..., emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, desfășurată online, pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect *„...”*, cod CPV: ... (Rev.2) și ... (Rev.2), solicitând:

„i. Anularea/revocarea raportului de anulare a procedurii și a tuturor actelor subsecvente,

ii. Anularea/revocarea comunicării transmise către subscrisa în calitate de lider al asocierii,

iii. Continuarea procedurii de atribuire din stadiul în care era înainte de anulare”.

În motivare, S.C. ... S.R.L. susține că, prin decizia de anulare a procedurii autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale: art.212, alin.1, lit.c din Legea nr.98/2016 coroborat cu alin.2 al aceluiași articol art.15 din Noul Cod Civil; art.2, alin.2, lit.f din Legea nr.98/2016; art.146, alin.2 din Legea nr.98/2016; art.49 din Legea nr.98/2016.

Contestatorul arată că, prin decizia de anulare a procedurii, autoritatea contractantă a făcut o aplicare incorectă a prevederilor art.212, alin.1, lit.c și alin.2 al aceluiași articol, după cum urmează:

1. Articolul invocat condiționează obligația anulării procedurii de încălcarea unei prevederi legale, or aspectul care a stat la baza deciziei de anulare, respectiv modul efectiv de calcul al duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp, nu are nicio reflecție juridică în legislația achizițiilor publice. Nici în legislația primară, nici în ce

secundară, nici în cea terțiară, după cum se arată, nu există prevederi care să reglementeze modul efectiv de calcul al duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp. Susține că nici măcar autoritatea contractantă nu a fost în măsură, în cadrul comunicării de anulare a procedurii, să indice prevederea legală încălcată.

2. Autoritatea contractantă invocă prevederile Instrucțiunii nr.1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art.179 lit.g și art.187 alin.8 lit.a din Legea nr.98/2016, respectiv cele ale art.192 lit.g și art. 209 alin.8 din Legea nr.99/2016, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, față de care se pot face următoarele critici suplimentare, susține contestatorul:

- Instrucțiunea, chiar dacă face parte din legislația terțiară în domeniul achizițiilor publice, nu include nicio prevedere legată de modul efectiv de calcul al duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp;

- Scopul Instrucțiunii a fost de a aduce clarificări suplimentare cu privire la modul de formulare a cerințelor pentru experți și nicidecum să stabilească un cadru limitativ de reglementare (acest act normativ neîndeplinind condițiile unui act normativ de interpretare), aspect evidențiat chiar în art.14, care precizează „exemplele și notele care se regăsesc în prezenta instrucțiune nu au un caracter limitativ în practica în domeniu, având caracter orientativ";

- Chiar și singura prevedere a Instrucțiunii care ar putea fi apropiată speței este inclusă de legiuitor la o secțiune de note, cu caracter orientativ și ne-obligatoriu pentru autoritățile contractante, respectiv *„anii solicitați în vederea dovedirii experienței vor fi calculați prin prisma duratei proiectului la nivelul căruia a acumulat experiență persoana respectivă, prin corelare cu funcția/activitățile/atribuțiile pe care a avut-o/le-a desfășurat aceasta, pe bază de documente-suport relevante care să ateste experiența generală, și nu prin raportare efectiv la timpul alocat activității respective";*

- Instrucțiunea tratează exclusiv modul de calcul a experienței atunci când doar o parte dintre activitățile realizate de expert în cadrul proiectului sunt relevante, și nu abordează în niciun fel situația în care un expert a lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp sau pe perioade care se suprapun (parțial).

3. Totodată, susține contestatorul, autoritatea contractantă invocă în comunicările sale de anulare a procedurii de atribuire intervenția Agenției Naționale pentru Achiziții Publice în procesul de clarificare a modului efectiv de calcul pentru durata experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp, precizând că aceste lămuriri nu au forța juridică obligatorie față de autoritatea contractantă, sau terți, și nici de caracter de prevedere legală cu privire la care autoritatea contractantă ar putea

invoca încălcarea în înțelesul art.212, alin.1, lit. c din Legea nr.98/2016, fiind doar interpretări ale ANAP.

4. Autoritatea contractantă a încălcat principiul asumării răspunderii statuat de Legea nr.98/2016 la art.2, revenind asupra modului propriu în care aceasta a ales să clarifice modul efectiv de calcul a duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp, declarându-l nelegal exclusiv în baza unor comunicări de consiliere metodologice pe parcursul cărora se pare că nici ANAP nu a identificat/invocat o prevedere legală expresă în speță.

5. Autoritatea contractantă a creat circumstanțe artificiale de anulare a procedurii de atribuire fără să se constate existența încălcării unor prevederi legale dar și față de următoarele elemente:

- răspunsul dat de către autoritatea contractantă cu privire la modul efectiv de calcul pentru durata experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp a fost transmis tuturor operatorilor economici cu respectarea principiilor transparenței, nediscriminării și a tratamentului egal statuate la art.2, alin.2 din Legea nr.98/2016;

- nu a fost depusă nicio contestație față de acest răspuns din partea operatorilor economici, clarificarea autorității contractante nefiind considerată restrictivă, ci mai degrabă formulată în sprijinul creșterii accesului la procedură - drept dovadă, numărul ofertelor și al operatorilor economici participanți la procedura de atribuire (trei).

6. Art.212 alin.2 din Legea nr.98/2016 menționează imposibilitatea evitării încălcării principiilor prevăzute la art.2 alin.2, or, nu este clar la ce risc de încălcare a principiilor a considerat autoritatea contractantă că se expune având în vedere că a demonstrat, față de speța anulării, respectarea principiilor transparenței, nediscriminării și a tratamentului egal, iar prin decizia de anulare a procedurii de atribuire a obținut efectul contrar, respectiv încălcarea clară a principiului asumării răspunderii.

7. Și din această perspectivă, după cum se susține, autoritatea contractantă a utilizat în mod incorect de prevederile art.212, realizând în accepțiunea dreptului comun un abuz de drept creator de prejudicii pentru operatorii economici ofertanți cărora, pe de o parte, li se îngrădește dreptul de a le fi evaluate complet ofertele la pregătirea cărora au înregistrat costuri semnificative financiare, iar pe de altă parte, le este amenințat dreptul de a participa la procedura de atribuire în condiții de concurență loială față de riscul accesului ne- autorizat la propunerile tehnice și financiare deja depuse și deschise (cel puțin propunerile tehnice) în eventualitatea reluării în viitor a procedurii de atribuire.

În concluzie, contestatorul consideră că, prin acțiunea de anulare a procedurii de atribuire autoritatea contractantă i-a lezat interesul legitim față de contractul de achiziție publică și a creat un prejudiciu prin

pierderea unei șanse la un câștig viitor, așa cum acesta este reglementat în dreptul comun, respectiv art.1.532 alin.1 și alin.2 din Noul Cod Civil, precum și faptul că a aceasta a încălcat în mod direct prevederile art.212 alin.1 și alin.2, respectiv cele ale art.49 din Legea nr.98/2016.

Contestatorul afirmă, în final, *„în situația în care autoritatea contractantă nu va da curs cererilor formulate prin prezenta subscrisa își rezervă dreptul de a depune contestație cu respectarea dispozițiilor legale, prezentul document fiind o notificare conform prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016”.*

În considerarea art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a pus în discuția S.C. ... S.R.L. și autorității contractante excepția inadmisibilității contestației, ocazie cu care s-a solicitat contestatorului menționat și prezentarea dovezilor înaintării notificării prealabile și contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr.156296/19.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ... a arătat că a primit notificarea prealabilă nr.116/04.12.2017, formulată de contestator, la care a răspuns, nu și contestația pe care acesta a depus-o la C.N.S.C., motiv pentru care, în temeiul art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016, solicită respingerea contestației ca fiind tardivă.

Cu adresa nr.122/19.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., S.C. ... S.R.L. a transmis dovada comunicării notificării prealabile către autoritatea contractantă și răspunsul formulat de aceasta din urmă.

În ceea ce privește solicitarea de prezentarea dovezii înaintării contestației către autoritatea contractantă, contestatorul a precizat *„Menționăm faptul că notificarea prealabilă depusă de ... la sediul Autorității Contractante a fost înregistrată cu nr.148733/04.12.2017, orele 15:51.”*

Consiliul a solicitat S.C. ... S.R.L. punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în raport cu prevederile art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Prin adresa nr.125/21.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., S.C. ... S.R.L. învederează că, ulterior primirii adresei nr.144887/24.11.2017, a transmis notificarea prealabilă către autoritatea contractantă, în temeiul art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2106, la care aceasta a răspuns prin adresa nr.149585/05.12.2017.

Cu privire la excepția tardivității contestației, invocând prevederile art.2553 din Codul civil și art.181 din NCPC, contestatorul arată că a transmis contestația către C.N.S.C., prin e-mail, la data de 04.12.2017, cu respectarea art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2106.

În considerarea art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a excepțiilor, Consiliul urmează să se pronunțe, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației și apoi asupra excepției tardivității contestației.

Examinând excepția inadmisibilității contestației, Consiliul o va respinge având în vedere că la dosar se regăsește dovada înaintării notificării prealabile către autoritatea contractantă, din care rezultă respectarea termenului legal prevăzut la art.6 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă prin prisma faptului că respectiva contestație a fost transmisă Consiliului, dar nu și autorității contractante în termenul defipt de dispozițiile art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2016, Consiliul se va raporta la dispozițiile art.16 alin.1 din același act normativ, potrivit cărora: „***Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca tardivă**, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante, **nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare***".

La dosarul cauzei, nu se regăsește dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă, contestatorul prezentând, la solicitarea expresă a Consiliului de a depune dovada arătată, următoarea explicației *„Menționăm faptul că notificarea prealabilă depusă de ... la sediul Autorității Contractante a fost înregistrată cu nr.148733/04.12.2017, orele 15:51."*

Așadar, contestatorul a înțeles să prezinte în locul dovezii comunicării contestației către autoritatea contractantă, o explicație legată de notificarea prealabilă, situație în care Consiliul reține că S.C. ... S.R.L. nu a respectat prevederile art.16 alin.1 din Legea nr.101/2106.

De altfel, Consiliul constată că înscrisul cu care S.C. ... S.R.L. a înțeles să învestească C.N.S.C. poartă denumirea de „*Notificare prealabilă*", de unde rezultă că acest contestator a transmis notificarea prealabilă către autoritatea contractantă și C.N.S.C., iar nu numai către autoritatea contractantă așa cum era obligat conform art.6 alin.1 din Legea nr.101/2106, în timp ce demersul formulării contestației după primirea răspunsului la notificarea prealabilă, nu a mai înțeles să-l îndeplinească (art.8 alin.1 lit.a din Legea nr.101/2106).

Întrucât neînaintarea contestației *„atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante*" în termenul legal este sancționată de drept cu respingerea contestației ca tardivă, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art.16 alin.1 din Legea nr.101/2016 și, în temeiul art.26 alin.6 din același act normativ, va admite excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă și va respinge, ca tardivă, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L.

Prin contestația nr.1186/07.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ... critică adresa nr.144889/24.11.2017 privind anularea procedurii de atribuire și raportul procedurii nr.74709/OPC/22.11.2017, publicat în SEAP în data de 28.11.2017, emise de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitând:

„i. Anularea/revocarea raportului de anulare a procedurii și a tuturor actelor subsecvente

ii. Anularea/revocarea comunicării transmise către subscrisa în calitate de lider al asocierii

iii. Continuarea procedurii de atribuire din stadiul în care era înainte de anulare".

În motivarea contestației, precizând că a îndeplinit procedura notificării prealabile, urmare căreia autoritatea contractantă a răspuns în sensul că nu adoptă măsuri de remediere, contestatorul invocă, în mod identic, argumentele invocate de primul contestator.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.153969/14.12.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr...., ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

În motivare, referindu-se la critica potrivit căreia ar fi utilizat în mod incorect prevederile art.212 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă redă pct.3 din clarificarea nr.3, susținând că a acceptat înțelegerea operatorului economic în sensul că se va lua în considerare experiența experților cumulată în contracte a căror perioadă calendaristică de implementare se suprapune.

Autoritatea contractantă arată că urmarea solicitării unui punct de vedere al ANAP, privind clarificarea menționată, atât prin intermediul serviciului helpdesk cât și prin intermediul unei adrese, a hotărât să achieseze la recomandarea „obligatorie" de a anula procedura de atribuire, sens în care redă pasaje din cadrul corespondenței cu ANAP.

În ceea ce privește criticile suplimentare ale contestatorului cu privire la Instrucțiunea nr.1/2107, în care se menționează că *„...nu include nicio prevedere legală de modul efectiv de calcul al duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp",* autoritatea contractantă susține că tocmai acesta a fost motivul pentru care a solicitat consiliere metodologică de la emitentul instrucțiunii, respectiv ANAP, singura autoritate abilitată să interpreteze normele în materia achizițiilor publice.

Redând considerentele pentru care Instrucțiunea nr.2/2017 a fost emisă, autoritatea contractantă menționează că susținerea contestatorului potrivit căreia *„.... lămuririle furnizate de ANAP către autoritatea contractantă (așa cum au fost comunicate) au avut loc prin intermediul serviciului de helpdesk în cadrul activității ANAP... și nu au forța juridică obligatorie față de autoritatea contractantă sau terți și nicidecum de caracter de prevedere legală ..."* este răuvoitoare având în vedere că în raportul procedurii a menționat toată corespondența cu ANAP, și nu doar cea prin intermediul serviciului de helpdesk.

Susține că avea obligația de a achiesa la punctul de vedere emis de ANAP cu privire la anularea procedurii de achiziție, având în vedere H.G. nr.643/2015 privind organizarea și funcționarea ANAP, prin care au fost statuate următoarele atribuții:

-consiliere metodologică pentru autoritățile contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune, cu rol de suport operațional în aplicarea corectă a legislației în acest domeniu;

-controlează modul în care autoritățile contractante atribuire contractele de achiziție publică;

-verifică aspectele procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor care intră sub incidența legislației în materia achizițiilor publice.

Referitor la cererea contestatorului privind „continuarea procedurii de atribuire din stadiul în care era înainte de anulare", autoritatea contractantă consideră că se află în imposibilitatea aplicării factorilor de evaluare privind punctarea experienței celor care au calitatea de experți (anexa 5 la caietul de sarcini).

Arată că, în cazul în care comisia de evaluare va putea aplica punctajul experților în conformitate cu cele menționate în clarificarea nr.3, pct.3 la documentația de atribuire, va rezulta de exemplu o experiență de 14 luni cuprinsă într-o perioadă de 10 luni, pentru același expert, ceea ce, conform punctelor de vedere oficiale emise de ANAP, este un calcul eronat și impropriu, care ar putea să aibă consecințe în sensul că pot fi aplicate corecții financiare conform O.U.G. nr.66/2001.

În concluzie, ... apreciază că a decis anularea procedurii de atribuire cu respectarea tuturor dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, iar măsura adoptată nu poate fi interpretată ca o măsură prin care întârzie procesul de evaluare sau produce circumstanțe artificiale de anulare a procedurii, fiind o măsură corectă față de toți ofertanții, cu respectarea principiului asumării răspunderii prevăzut la art.2, alin.2 din Legea nr.98/2016, precum și a dispozițiilor art.212 alin.2 lit.c și cele ale art.211 lit.b din același act normativ.

Ca temei legal, au fost invocate prevederile Legii nr.98/2016, ale H.G. nr.395/2016, precum și cele ale Legii nr.101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, online, a contractului de servicii având ca obiect *„..."*, cod CPV: ... (Rev.2) și ... (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.....

Valoarea estimată a contractului este de ... lei, iar criteriul de atribuire este „...".

Au fost depuse 3 oferte, care au fost vizualizate în SEAP la data de 18.09.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.2115.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.74790/OPC/22.11.2017, s-a decis anularea procedurii de atribuire în temeiul art.212 alin.1 lit.c și art.211 lit.b din Legea nr.98/2016.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, ... a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

... critică decizia de anulare a procedurii de atribuire susținând că este nelegală deoarece dispozițiile art.212 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016 nu sunt incidente.

Având a se pronunța asupra legalității deciziei de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul reține că, potrivit art.212 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016, temeiul legal al deciziei de anulare a procedurii,

„(1) ***Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire*** *a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...)*

c) ***dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire*** *sau dacă este imposibilă încheierea contractului;*

(2) În sensul dispozițiilor alin.1 lit.c, ***prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art.2 alin.2.”***

După cum rezultă din raportul procedurii nr.74709/OPC/22.11.2017, ceea ce a determinat anularea procedurii de atribuire constă, în esență, într-o neconcordanță existentă între clarificarea nr.3 vizând documentația de atribuire, publicată la data de 23.08.2017 și Instrucțiunea nr.1/2017, emisă de Autoritatea Națională a Achizițiilor Publice.

Constată Consiliul că în cadrul clarificării nr.3, la întrebarea având conținutul:

*„Având în vedere punctul 2 de mai sus și prevederile INSTRUCȚIUNII Nr.1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art.179 lit.g și art.187 alin.8 lit.a din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art.192 lit.g și a art.209 alin.8 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile sectoriale emise de MINISTERUL FINANȚELOR PUBLICE, AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE****, vă rugăm să menționați cum se va calcula experiența acumulată în contracte a căror perioadă calendaristică de implementare se suprapune. Înțelegerea noastră este că se vor puncta lunile aferente duratei proiectului relevant la nivelul căruia a acumulat experiența persoana respectivă, indiferent dacă suma acestora este mai mare decât perioada calendaristică în care s-au derulat proiectele în cauză: de exemplu, în anul 2012 expertul a derulat 3 proiecte relevante: în perioadele ianuarie –*

iunie 2012, mai – septembrie 2012, august - octombrie 2012, proiecte a căror durată totală este de 14 luni. În acest caz înțelegerea noastră este că se vor lua în considerare ca experiență numărul de 14 luni în cadrul căruia aceasta a fost acumulată, și nu cea de 10 luni, scursă din ianuarie până în octombrie, intervalul calendaristic în care proiectele s-au desfășurat.",
autoritatea contractantă a formulat răspunsul:

*„**Da, înțelegerea dvs este corectă**"*.

De asemenea, urmarea consilierii metodologie oferită de ANAP, cu privire la problema aflată în discuție, această instituție a oferit următoarele răspunsuri:

-la data de 29.08.2017, prin intermediul helpdeck, răspunsul conform căruia:

*„... **in vederea dovedirii experienţei vor fi calculate prin luarea in considerare a perioadei/perioadelor in care persoana respectivă a ocupat posture/pozitii de tipul celor mentionate la art. 2, prin prisma carora a acumulat experienţa solicitata.***

Deoarece in solicitarea dvs. Menţionaţi ca persoana in speţa demonstrează indeplinirea cerinţei prin perioade care se suprapun, realizand in paralel activitati similar, consideram ca aceste perioade vor fi cumulate conform articolului mentionat"

-la data de 27.09.2017, urmarea adresei nr.106471/05.09.2017, răspunsul conform căruia:

*„**apreciem ca experienţa va fi calculată prin prisma perioadei pe parcursul careia s-au derulat cele trei proiecte luandu-se in considerare data de inceput a primului proiect si data de finalizare a celui de-al doilea proiectrespectiv ianuarie-octombrie (10 luni), prin corelare cu funcţia /activitatile/atributiile pe care a avut-o/le-a desfasurat expertul respectiv, pe baza de documente suport relevante cara se ateste experienţa generala, si nu prin raportare efectiv la timpul alocat activitatii respective.***

Precizam ca, in situatia ipotetica in care intre cele trei proiecte ar fi existat o pauza de o luna(spre exemplu, in cazul in care primul s-ar fi derulaţi n perioada ianuarie - martie), luna aprilie nu ar putea fi luata in considerare la calcularea experentei expertului respectiv

In ceea ce priveşte varianta calcularii unei experienţe de 14 luni acumulate de expertul in cauza in perioada ianuarie-octombrie (acelaşi an), prin participarea la trei proiecte desfasurate in paralel (cu perioade de suprapunere), precizam ca ar fi impropriu ca 14 luni sa fie cuprinse intr-o perioada de 10 luni"

Urmarea acestui ultim răspuns, autoritatea contractantă a revenit cu adresa nr.285/03.10.2017, urmare căreia ANAP a confirmat poziția sa

din ultima adresă de răspuns și a recomandat anularea procedurii, recomandară căreia autoritatea contractantă i-a și dat curs.

Așadar, dacă ANAP, inițial, prin serviciul helpdesk, a formular un răspuns în acord cu răspunsul la clarificări formulat de autoritatea contractantă, ulterior a infirmat răspunsul oferit și, astfel, s-a ajuns în situația în care răspunsul la clarificări al autorității contractante să nu mai fie considerat unul corect.

În acest context, observă Consiliul că anularea procedurii de atribuire a fost dispusă pe baza unor interpretări ale ANAP cu privire la prevederi ale Instrucțiunii 1/2017, respectiv interpretarea prevederilor de la art.8 alin.5 și a pct.NOTĂ din art.13, această instituție concluzionând că „***În ceea ce privește varianta calculării unei experiențe de 14 luni acumulate de expertul în cauză în perioada ianuarie – octombrie (același an), prin participarea la trei proiecte desfășurate în paralel (cu perioade de suprapunere), precizăm că ar fi impropriu ca 14 luni să fie cuprinse într-o perioadă de 10 luni.”,*** astfel că a considerat că se impune anularea procedurii de atribuire.

Cu privire la Instrucțiunea nr.1/2017, Consiliul constată că a fost emisă de Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice, în aplicarea art.179 lit.g și art.187 alin.8 lit.a din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art.192 lit.g și a art.209 alin.8 din Legea nr.99/2016 privind achizițiile sectoriale, rolul acestea, după cum rezultă din expunerea de motive din preambul, fiind de îndrumare privind modalitatea în care pot fi stabilite și utilizate cerințe referitoare la studii, pregătirea profesională și/sau calificarea personalului, fie în procesul de calificare și selecție al operatorilor economici, fie ca parte a condițiilor de implementare a contractului ce urmează a fi atribuit, în acest din urmă caz existând posibilitatea formulării unor factori de evaluare asociați modului de organizare, calificare și/sau experiența experților ce vor realiza activitățile ce fac obiectul contractului.

Totodată, se observă că la cap.IV – „*Dispoziții finale*” din Instrucțiunea nr.1/2017, se regăsește art.14 având conținutul ***„Exemplele și notele care se regăsesc în prezenta instrucțiune nu au un caracter limitativ în practica în domeniu, având caracter orientativ.”,*** prevedere care confirmă caracterul Instrucțiunii de instrument de natură a ajuta autoritățile contractante în derularea procedurilor de atribuire, de ghid orientativ, având valoare de recomandare.

Același caracter de recomandare reține Consiliul că îl are și consilierea metodologică din partea ANAP, punctele de vedere ale acestei instituții reprezentând interpretări proprii cu privire la legislația din materia achizițiilor publice, fără caracter obligatoriu.

În conformitate cu prevederile art.37 alin.1 și 3 din Legea nr.101/2016, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor este un

organism independent, cu activitate administrativ-jurisdicțională, care în activitatea sa se supune numai legii, având competența de a analiza din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actele contestate în cadrul procedurii de atribuire. Prin urmare, Consiliului nu îi pot fi impuse anumit puncte de vedere în legătură cu modul de interpretare a dispozițiilor legale incidente în soluționarea contestațiilor cu care a fost sesizat, chiar dacă aceste puncte de vedere reprezintă interpretarea oficială dată de Autoritatea Națională a Achizițiilor Publice.

Astfel, analizând prevederile Legii nr.98/2016, Consiliul constată că articolele în vedere ușurării aplicării cărora a fost emisă Instrucțiunea în discuție, prezintă conținutul:

- art.179 lit.g din Legea nr.98/2016:

„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...)

g) calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere ale operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare;

-art.187 alin.8 lit.a din Legea nr.98/2016:

„(8) Autoritatea contractantă nu va utiliza costul cel mai scăzut/prețul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul:

a) anumitor categorii de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale și care presupun activități de nivel de complexitate ridicat;”,

prevederi care, după cum se poate observa, nu conțin referiri la modul efectiv de calcul al duratei experienței profesionale a experților atunci când aceștia au lucrat în mai multe proiecte relevante în același timp.

Având în vedere situația de fapt expusă, Consiliul apreciază că nu se circumscrie dispozițiilor art.212 alin.1 lit.c și alin.2 din Legea nr.98/2016, deoarece, în cauză, nu este vorba despre vreo eroare sau omisiune care să impună anularea procedurii de atribuire, ceea ce s-a avut în vedere ca reprezentând o eroare, fiind stabilită funcție de interpretări ale unor prevederi care nu au caracter normativ, nu au putere de lege și nu sunt imperative și obligatoriu de urmat, dar și a unor puncte de vedere care, de asemenea, nu au caracter obligatoriu.

Astfel fiind, decizia de anulare a procedurii de atribuire este una nelegală, motiv pentru care se impune a fi înlăturată.

În soluționare a fost avută în vedere și practica judiciară, relevante fiind decizia nr.833/04.11.2011, pronunțată de Curtea de Apel Iași, decizia nr.434/22.01.2010, pronunțată de Curtea de Apel București,

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2106, Consiliul admite contestația și anulează raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la decizia de anulare a procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din actul normativ susmențional.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației depusă de S.C. ... S.R.L., invocată din oficiu.

Admite excepția tardivității contestației depusă de S.C. ... S.R.L., invocată de ... și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca tardivă.

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire în partea referitoare la decizia de anulare a procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Președinte complet,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**

Redactată în 5 exemplare originale, conține ... pagini.