



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare, din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de cu sediul în, reprezentată legal și convențional prin cu sediul (ales pentru comunicarea actelor de procedură), împotriva raportului intermediar al procedurii nr. ..., a comunicării nr. ..., a procesului-verbal de evaluare nr. ..., precum și a oricăror procese verbale subsecvente, emise de cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect, s-a solicitat Consiliului:

- anularea raportului intermediar nr. (comunicat contestatoarei la data de ...) și a deciziei ... de a respinge candidatura, precum și a proceselor verbale de evaluare și rapoartelor intermediare care au stat la baza emiterii sale, inclusiv a procesului-verbal de evaluare nr.;
- anularea comunicării nr. ... (transmisă contestatoarei la data de ...) privind respingerea candidaturii
- anularea tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă între momentul emiterii actelor atacate și momentul soluționării prezentei contestații;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea candidaturii contestatoarei, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea ei pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

**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 solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă istoricul desfășurării procedurii de atribuire, arătând că în data de i-a fost comunicată adresa nr., prin care au fost solicitate clarificări, ca urmare a analizării și verificării documentelor încărcate în SEAP, inclusiv cu privire la experiența similară, referitoare la contractul

În data de, contestatoarea a transmis către autoritatea contractantă răspunsul său la solicitarea de clarificări.

La data de, contestatoarea a luat la cunoștință de raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților nr. ..., prin care se arată faptul că oferta sa a fost clasată pe locul, în cadrul procedurii de selecție, prin raportare la punctajele obținute de ceilalți candidați.

Totodată, la aceeași dată, contestatoarea a luat la cunoștință de comunicarea nr. cu privire la soluția de respingere a ofertei depuse, motivat de faptul că a obținut un punctaj total de, clasându-se pe locul, nefiind selectată pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire.

Contestatoarea a formulat contestație împotriva deciziei autorității de clasare a ofertei sale pe locul ..., arătând în esență că în mod greșit nu a luat în considerare contractul de achiziții publice

După ce inițial contestația a fost respinsă de către, recursul împotriva sentinței pronunțate de prima instanță a fost admis de ..., care prin Hotărârea nr. a admis contestația, a anulat raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților nr., procesul verbal de evaluare aferent și actele subsecvente și a obligat să reevalueze oferta contestatoarei, ținând cont de considerentele hotărârii.

..... a reținut că autoritatea contractantă nu a avut suficiente date astfel încât să poată decide în cunoștință de cauză cu privire la luarea în considerare a experienței similare.

În aplicarea Hotărârii nr. ... pronunțată de Curtea de Apel București, la data de, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. prin care a solicitat să precizeze activitățile realizate în cadrul contractului, calitatea și partea îndeplinită de, însoțite de documente justificative.

Contestatoarea susține că solicitare era neclară, cu toate acestea a răspuns cu luarea în considerare a Hotărârii nr., care a condus la reevaluarea ofertei sale, oferind toate detaliile în acest sens, chiar și cele nesolicitate de

La data de, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. prin care se cereau din nou o serie de explicații deja oferite prin răspunsul la solicitarea de clarificare anterioară, precum și traducerea integrală a acordului de asociere dintre și ceilalți operatori economici pentru realizarea contractului

La data de, contestatoarea a luat la cunoștință de raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților nr., prin care se arată că, în urma reevaluării, clasamentul nu s-a schimbat, oferta ... a rămas clasată pe locul, în cadrul procedurii de selecție, prin raportare la punctajele obținute de ceilalți candidați întrucât contractul nu a fost avut în vedere nici de această dată cu titlu de experiență similară.

Cu privire la metoda de calcul a punctajului obținut de contestatoarea menționează că urmare a stipulării cerințelor din fișa de date, în scopul dovedirii experienței similare, prin oferta tehnică depusă, au fost prezentate următoarele contracte:

- Contractul, având ca obiect extinderea, secțiunea, autoritatea contractantă fiind Participarea a constituit din execuția tuturor categoriilor de lucrări;

- Contractul, având ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor subterane la linia de metrou, în orașul, pentru beneficiarul

În acest sens, ... a acționat în calitate de lider al asocierii ... și antreprenor general, având o participație de din toate categoriile de lucrări;

- Contractul ..., având ca obiect proiectarea, execuția și punerea în funcțiune a extinderii metroului, în favoarea beneficiarului ... în cadrul acestor lucrări, ...a avut calitatea de contractant unic.

Din comunicarea nr. reiese faptul că nu a luat în considerare contractul pentru evaluarea ofertei depuse de contestatoare.

Oferta petentei ar fi fost clasată pe locul în clasamentul de selecție, dacă autoritatea contractantă ar fi evaluat experiența similară prin raportare la toate contractele de achiziții anterioare, ce au fost prezentate.

Cu privire la temeinicia contestației, contestatoarea precizează următoarele:

1. Nerespectarea obligațiilor prevăzute de lege în sarcina autorității. Caracterul defectuos al procesului de evaluare

- (i) Încălcarea principiului transparenței. Obligația de motivare a deciziei de respingere a ofertei

Contestatoarea învederează prevederile art. 2 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 99/2016 în temeiul căreia este organizată prezenta procedură.

De asemenea, contestatoarea menționează că în cuprinsul Legii nr. 99/2016 există o serie de dispoziții legale care consacră în mod expres obligația autorității de a motiva deciziile sale.

La nivel doctrinar a fost reținută în același mod obligația autorității contractante de a exprima în concret motivele pentru care ofertele au fost respinse sau nu au fost declarate câștigătoare .

De altfel, prin nerespectarea dispozițiilor legale în materie se pune în discuție însuși dreptul la apărare. Or, după cum corect s-a evidențiat în doctrină „dreptul la apărare, ca valoare socială, este necesar oricărui mediu socio-uman”.

Motivarea trebuie să evidențieze în mod clar și neechivoc raționamentul autorității contractante, astfel încât, pe de o parte, să permită persoanelor interesate să cunoască justificările măsurii adoptate pentru a putea să își apere drepturile și să verifice dacă decizia este sau nu temeinică și, pe de altă parte, să permită instanței să exercite controlul de legalitate. Maniera în care se poate atinge acest rezultat este prin detalierea argumentelor în temeiul cărora oferta a fost respinsă, întrucât nicio altă modalitate nu poate asigura respectarea dreptului la apărare.

De altfel, obligația de motivare a autorităților contractante își are izvorul în obligativitatea motivării oricărui act administrativ consacrată la nivel jurisprudențial, această cerință de legalitate fiind unanim acceptată atât pe plan intern, cât și la nivelul jurisprudenței europene. Nerespectarea acestei obligații este sancționată cu nulitatea actului respectiv.

Contestatoarea învederează Decizia nr., pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr.,

Din această perspectivă, motivarea reprezintă o caracteristică intrinsecă a oricărui act administrativ, nefiind admisă completarea ulterioară a acestuia cu elemente la care nu s-a făcut referire în mod expres.

Orice act administrativ trebuie să prezinte clar algoritmul/raționamentul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată. Motivarea trebuie, în primul rând, să permită destinatarilor unei decizii administrative să-i cunoască și să-i evalueze temeiurile și efectele, și să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, o motivare insuficientă sau greșită echivalând cu lipsa motivării. Motivarea actului administrativ reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor individuale. De asemenea, obligația autorității emitente de a motiva actul administrativ constituie o garanție împotriva arbitrariului în conduita administrației publice. O astfel de cerință este nu numai obligatorie dar și esențială în condițiile în care actul emis restrânge drepturi sau libertăți.

Totodată, contestatoarea învederează Decizia nr. ..., dosar nr., pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

(ii) Temeinicia motivelor de nelegalitate. a încălcat obligația de a motiva corespunzător neluarea în calcul a contractului

..... a indicat pur formal motive pentru care a respins oferta contestatoarei ca urmare a neluării în considerare a contractului ..., menționând că acordul de asociere nu utilizează terminologia de „antreprenor general” pentru a desemna rolul în cadrul procedurii, fără a analiza în vreun fel argumentele menționate pe larg în cuprinsul răspunsurilor la cele două solicitări de clarificare emise în cursul reevaluării și fără a prezenta vreun argument pentru care aceste argumente nu ar fi întemeiate.

Contestatoarea concluzionează că prin nerespectarea obligațiilor ce îi incumbă, autoritatea contractantă a încălcat în mod grav principiile fundamentale ce reglementează, atât la nivel național, și mai ales la nivel european, desfășurarea procedurilor de achiziție publică.

2. În mod greșit, autoritatea contractantă nu a luat în considerare contractul pentru evaluarea ofertei depuse

(i) În temeiul art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, ... beneficiază cu titlu de experiență similară de 100% din contractul

Contractul a fost realizat în cadrul unei asocieri de tip al cărei lider a fost SA. Participarea părților în această asociere a fost următoarea:

Independent de procentul de prevăzut de Nota nr. 2 punctul B2 de la art. 14 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, contractul trebuie luat în calcul ca experiență similară în temeiul art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Prevederile art. 14 alin. (3) din Instrucțiune arată expres faptul că antreprenorul general se poate prevala total de experiența dobândită prin coordonarea și executarea unui contract de achiziții, indiferent de nivelul de contribuție a acestuia la executarea efectivă.

Contestatoarea menționează faptul că, în cadrul contractului, încheiat între asocierea, a avut calitatea de lider de asociere, atribuțiile stabilite fiind acelea de antreprenor general.

Conform contractului de asociere în participație, rolul contestatoarei de antreprenor general este subliniat prin următoarele:

i. Potrivit sub-clauzei 7.11 din acordul de asociere, ... - în calitate de lider al asocierii - întocmește procedura operațională, care este definită potrivit clauzei 1 drept ansamblul de linii directe și instrucțiuni care determină modul de organizare a asocierii și modul de executare a lucrărilor;

ii. Potrivit sub-clauzei 5.1 din acordul de asociere, inter alia, liderul de asociere va coordona organizarea și funcționarea asocierii;

iii. Potrivit aceleiași clauze, asocierea este reprezentată prin directorul de proiect, desemnat de către în calitate de lider de

asociere. Directorul de proiect coordonează, supervizează, gestionează și conduce executarea practică și desfășurarea lucrărilor, conform sub-clauzei 7.3;

iv. Sub formă de remunerație pentru atribuțiile sale de coordonare, ... este îndreptățită potrivit sub-clauzei 5.3 la un procent de 0.5% din cifra de afaceri a asocierii.

v. Potrivit sub-clauzei 5.2 din acordul de asociere, liderul asocierii va stabili anual un program al Adunărilor generale ale acționarilor, care vor fi desfășurate trimestrial;

vi. Potrivit sub-clauzei 6.1 din acordul de asociere, cel mai important organ de conducere a asocierii este reprezentat de Comitetul Director, compus din 2 reprezentanți ai și câte un singur reprezentant din partea fiecăruia din ceilalți membri ai asocierii. Mai mult, conform sub-clauzei 6.2 din acordul de asociere, unul din reprezentanții este și Președintele Comitetului Director. Comitetul Director are cele mai importante atribuții, printre care se numără conform sub-clauzei 6.4 și stabilirea strategiilor asocierii;

vii. Potrivit sub-clauzei 6.1 din acordul de asociere, Comitetul Director va adopta hotărâri cu unanimitate de voturi. În cazul în care unanimitatea nu este întrunită, hotărârea va fi validă prin decizia majorității, însă doar cu condiția ca liderul să facă parte din această majoritate;

viii. Potrivit sub-clauzei 7.1 din acordul de asociere, Comitetului Executiv va fi format din doi membri desemnați de, în timp ce ceilalți membri ai asocierii vor desemna doar câte un singur reprezentant;

ix. Conform sub-clauzei 7.2, Directorul de Proiect va fi nominalizat de SA, în calitate de lider al asocierii, iar, în cazul în care Comitetul Director nu este de acord cu această alegere, ... va efectua o nouă nominalizare. În toate cazurile, atribuția nominalizării directorului de proiect revine exclusiv liderului de asociere;

x. În ceea ce privește contabilitatea, potrivit sub-clauzei 9.1, conturile asocierii vor fi ținute într-un sistem care va funcționa pe echipamentele hardware deținute de De asemenea, potrivit sub-clauzei 4.1, limitele ce vor fi plasate cu privire la drepturile reprezentanților care vor opera Contul de Operațiuni deschis de în numele asocierii și procedurile aferente pentru a comanda tranzacțiile vor fi determinate și incluse în procedura operațională întocmită de

Pe cale de consecință, contestatoarea arată că din simpla interpretare a stipulațiilor contractuale reiese faptul că rolul majoritar în organizarea executării și executarea contractului, încheiat între asocierea, a aparținut SA, în calitate sa de lider de asociere.

În concluzie, art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP prevede că indiferent de cota de participare deținută în cadrul Asocierii și de contribuția la executarea efectivă a lucrărilor în cadrul contractului, părții care a exercitat rolul de antreprenor general în

respectivul contract i se va lua în calcul ca experiență similară 100% din acel contract. În speță, în privința contractului, în temeiul art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP, deși a avut o cotă de participare în cadrul Asocierii de, va beneficia cu titlu de experiență similară de 100% din obiectul contractului întrucât a avut calitatea de antreprenor general.

(ii) În mod nelegal și netemeinic a reținut că nu a avut calitatea de antreprenor general în contractul

Sub un prim aspect, autoritatea contractantă a reținut în mod nelegal că a avut calitatea de lider de asociere și nu calitatea de antreprenor general în contractul

Contrar susținerilor, în realitate, calitatea de lider de asociere și de antreprenor general nu se exclud reciproc. Astfel, în contractul ., ... a fost atât lider de asociere, cât și antreprenor general.

Contestatoarea arată că în timp ce titulatura de lider de asociere este indicată expres în secțiunea Definiții, pagina 11/79 din acordul de asociere, calitatea de antreprenor general rezultă fără putință din clauzele 5, 6, 7 și 9 din acordul de asociere.

Sub un al doilea aspect, în esență, autoritatea contractantă a respins în mod nelegal oferta contestatoarei întrucât în acest acord nu este utilizată în mod expres terminologia de „antreprenor general” pentru a desemna calitatea

Or, nici Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 și nici de vreo altă prevedere legală nu prevăd cerința ca în cuprinsul Acordului de asociere să fie utilizată expres și strict terminologia de „antreprenor general” pentru ca dispozițiile art. 14 alin. (3) din aceeași instrucțiune să fie incidente.

Prin urmare, decizia de a nu avea în vedere calitatea de antreprenor general în contractul este lipsită de suport legal.

Pentru a se concluziona că o parte a avut calitatea de antreprenor general într-un anumit contract, nu este neapărat necesară utilizarea în mod expres a acestei sintagme în acordul de asociere, ci analizarea raportului juridic dintre părțile asocierii pentru a stabili dacă prin raportare la drepturile și obligațiile conferite unei părți, aceasta a îndeplinit rolul de antreprenor general în sensul prevăzut de art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP și anume rolul de a coordona și organiza executarea contractului, având răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului.

Contestatoarea precizează că pentru stabilirea calității de antreprenor general, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere nu terminologia folosită de părți, ci realitatea efectivă, substanța raportului dintre părțile asocierii în ceea ce privește drepturile și obligațiile alocate și îndeplinite. Or, în ceea ce privește contractul, este indubitabil că a exercitat rolul de antreprenor general, așa cum reiese cel puțin din atribuțiile cuprinse la sub-clauzele 5, 6, 7 și 9 în acordul de asociere.

Sub un al treilea aspect, autoritatea contractantă a refuzat să facă o analiză a dispozițiilor din acordul de asociere pentru a observa dacă contestatoarea a avut calitatea de antreprenor general.

Așa zisa motivare a, în sensul că rolul de antreprenor general a rezultat pe baza unei interpretări proprii nu reprezintă un motiv concret sau corect de respingere, din moment ce:

- pe de o parte, interpretarea clauzelor contractuale este exact analiza care trebuie efectuată pentru a determina dacă o parte are sau nu calitatea de antreprenor general, iar

- pe de altă parte, ... trebuia să precizeze în concret care sunt argumentele pentru care apreciază că interpretarea contestatoarei nu este corectă, nu să menționeze în mod generic că atribuțiile indicate de aparțin unui lider de asociere, mai ale în contextul în care calitatea de lider de asociere și de antreprenor general nu se exclude reciproc.

Contestatoarea arată că interpretarea este infirmată de însăși dispoziția art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP care prevede dreptul antreprenorului general de a beneficia de un procent de 100% din valoarea contractului ca experiență similară, indiferent dacă a avut subcontractori.

Sub un al patrulea aspect, ... a respins în mod nelegal oferta contestatoarei pe motiv că nu era singurul decident în cadrul asocierii, ci deciziile trebuiau luate cu acordul celorlalte părți.

Or, nu există nicio dispoziție legală care să prevadă că pentru a avea calitatea de antreprenor general, o parte a asocierii trebuie să fie unicul decident. Prin urmare, decizia este lipsită de orice suport legal. Art. 14 alin. (3) din instrucțiunea ANAP are în vedere situația în care una dintre părțile asocierii exercită rolul de coordonator al acestei asocieri.

Din contră, în cadrul oricărei asocieri pentru executarea unui contract, părțile beneficiază de un vot în cadrul deciziilor care se iau.

Mai mult, ... a ignorat prevederile acordului de asociere care stabilesc că avea de facto un drept de veto în cadrul procesului decizional.

Astfel, autoritatea contractantă a ignorat că potrivit sub-clauzei 6.1 din acordul de asociere, Comitetul Director va adopta hotărâri cu decizia majorității (în cazul în care unanimitatea nu poate fi întrunită), însă doar cu condiția ca liderul să facă parte din această majoritate.

De asemenea, ... a ignorat că potrivit sub-clauzei 5.1, asocierea este reprezentată prin directorul de proiect, desemnat în exclusivitate de către în calitate de lider de asociere. Directorul de Proiect coordonează, supervizează, gestionează și conduce executarea practică și desfășurarea lucrărilor, conform sub-clauzei 7.3.

În drept, contestatoarea invocă art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale precizate în contestație.

În probațiune, contestatoarea depune înscrisuri.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea contestației

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii de atribuire, menționând că urmare a punerii în aplicare a Deciziei Civile nr. a Curții de Apel București și pronunțată în dosarul nr. și a reanalizării candidaturii depuse de, comisia de evaluare a reverificat modalitatea de îndeplinire a cerințelor privind experiența similară impuse prin documentația de atribuire și asumate în documentele depuse, fapt consemnat în procesul verbal nr.

În urma reverificării acestor documente și ținând cont de faptul că informațiile precizate de candidat nu au fost suficiente pentru clarificarea aspectului privind experiența similară, comisia de evaluare a considerat necesară solicitarea unor clarificări transmise acestuia prin adresa nr.

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a considerat necesară solicitarea unor clarificări suplimentare, fapt consemnat în procesul verbal nr....

Astfel, solicitarea de clarificări a fost transmisă candidatului prin adresa nr.

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, față de cele prezentate de candidatul, fapt consemnat în procesul verbal nr., comisia de evaluare a concluzionat că în cadrul contractului care a făcut obiectul contestației, contestatoarea nu a deținut calitatea de antreprenor general și ca urmare, nu pot fi aplicate prevederile art. 14, alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Referitor la punerea în aplicare a Hotărârii Curții de Apel București nr., autoritatea contractantă menționează că din considerentele rămase obligatorii pentru părți, se desprind 3 concluzii importante pentru punerea corespunzătoare în aplicare a Hotărârii:

- Modul de analiză al comisiei de evaluare asupra candidaturilor a avut loc cu respectarea principiului egalității de tratament și principiul proporționalității, candidatura fiind analizată pe baza unor informații care au fost prevăzute în documentația de atribuire;

- Alegațiile privind nelegalitatea Notei nr. 2 pct. B.2 de la art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017 și implicit a aplicării acesteia de către comisia de evaluare au fost respinse de către Curtea de Apel ca neîntemeiate;

- Singura neconformitate apreciată de Curtea de Apel în analiza comisiei de evaluare a constatat în faptul că nu s-a solicitat candidatului o clarificare completă și clară a prevederilor contractului ..., clarificare care să permită candidatului să ofere toate argumentele de care dispune în susținerea propriei cauze.

Ca urmare, ...avea obligația reluării evaluării candidaturii prin transmiterea unei solicitări de clarificări clare și complete din care să reiasă întocmai obiectul solicitării, forma în care se dorește răspunsul și scopul efectuării solicitării, iar avea dreptul de a transmite orice

documente din care să reiasă în mod clar și concret îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire.

Referitor la modul de derulare a reevaluării ca punere în aplicare a Hotărârii Curții de Apel București nr., autoritatea contractantă arată că modul de evaluare a fost consemnat în procesele-verbale nr. și nr.

Prin adresa nr. ..., comisia de evaluare a solicitat candidatului să clarifice modul în care consideră îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire de către contractul și să prezinte orice alte informații sau documente pe care le consideră necesare în susținere.

Prin răspunsul înregistrat de cu nr., ...a răspuns printr-o argumentație detaliată și atașarea unei serii de documente, reafirmând că apreciază și această solicitare ca fiind „neclară, echivocă și redundantă”.

Comisia de evaluare a stabilit transmiterea unei noi solicitări de clarificări, înregistrată cu nr., cu o redactare punctuală a fiecărei întrebări, astfel încât să ofere candidatului posibilitatea emiterii unui răspuns clar și ferm la toate aceste întrebări.

Prin răspunsul înregistrat de cu nr. ..., ... a răspuns solicitărilor prin reluarea în general a aceleiași argumentații din primul răspuns și atașarea unei serii de documente, precizând care este calitatea și valorile pe care le declară ca fiind executate în contractul

Referitor la susținerile din contestație menționează că acestea sunt o preluare a susținerilor din contestațiile depuse anterior și din răspunsurile la solicitările de clarificări transmise.

Referitor la *„Încălcarea principiului transparenței. Obligația de motivare a deciziei de respingere a ofertei”*

Autoritatea contractantă arată că comunicarea nr. ... privind rezultatul procedurii a fost transmisă cu respectarea prevederilor art. 228, alin. (2), lit. a) din Legea nr. 99/2016, respectiv au fost prezentate motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a solicitării sale de participare.

Referitor la susținerile conform cărora *„..... s-a limitat la a menționa că acordul de asociere nu utilizează terminologia de „antreprenor general” pentru a desemna rolul în cadrul procedurii, fără a analiza în vreun fel argumentele menționate” și „în mod nelegal a reținut că a avut calitatea de lider de asociere și nu calitatea de antreprenor general în contractul”,* autoritatea contractantă menționează că nu a urmărit prezența expresă a termenului „antreprenor general” în aceste documente, ci a constatat că toate referințele se fac la relația dintre beneficiarul și format din operatorii economici

Comisia de evaluare nu a analizat documentele depuse de pentru a identifica „terminologia de antreprenor general” în acestea,

ci pentru a stabili dacă atribuțiile din cadrul asocierii pot fi asimilate cu cele ale unui antreprenor general.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că o calitate de antreprenor general nu poate fi acceptată prin interpretări proprii forțate ale unor atribuții preluate selectiv-subiectiv dintre prevederile unui acord de asociere și fără nici un alt fundament bazat pe prevederi legale, ci trebuie să se încadreze în norme legale incidente.

Referitor la „temeinicia” contestației formulate - Punctul 2 din contestație - subpunctul 2.1 „Nerespectarea obligațiilor prevăzute de lege în sarcina autorității, caracterul defectuos al procesului de evaluare”, autoritatea contractantă arată că susținerile contestatoarei sunt contrazise de comunicarea nr. prin care a transmis punctual contestatoarei modul în care a fost calculat punctajul acesteia.

Decizia citată de contestatoare la pagina 8 a contestației este dată într-un litigiu de muncă referitor la nemotivarea unui act administrativ de eliberare din funcție și nu poate fi extrapolată la prezenta speță.

De vreme ce clasarea pe locul 7 este o consecință directă a aplicării punctajului detaliat în Instrucțiunile pentru candidați/ofertanți, „motivarea” reclamată este intrinsecă și constă în însuși aplicarea acestui punctaj, prin urmare contestatoarea nu poate reclama faptul că nu a cunoscut „raționamentul” autorității contractante.

Aspectul privind modul de participare în contractele prezentate a făcut anterior depunerii candidaturilor, obiectul unor solicitări de clarificare, în concret la punctele 3 și 4 de la clarificarea nr. 11, înregistrată la cu nr. ..., la documentația de atribuire, clarificări care nu au fost contestate de către SA.

De asemenea același aspect a făcut obiectul unei contestații înregistrată la CNSC cu nr. ... în prezenta procedură, urmată de luarea unor măsuri de remediere din partea, în același sens cu cele de mai sus. Nici aceste măsuri de remediere nu au făcut obiectul unei acțiuni de intervenție ale

„Algoritmul/raționamentul” autorității contractante de la pagina 9 a contestației este prezentat în întregime în Anexa 2 la Instrucțiunile pentru candidați /ofertanți, prin urmare contestatoarea nu poate reclama faptul că nu a cunoscut algoritmul în baza căruia au fost luate deciziile autorității contractante.

Referitor la „temeinicia” contestației formulate - subpunctul 2.2 „*În mod greșit, Autoritatea contractantă nu a luat în considerare Contractul de achiziții publice pentru evaluarea ofertei depuse*”, autoritatea contractantă arată că în privința contractului depus de contestatoare cu titlu de experiență similară, ...a făcut aplicarea prevederilor legale referitoare la experiența similară, fiind aplicată Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 care stipulează prevederi referitoare la experiența similară.

Întrucât a declarat în DUAE inițial și DUAE revizuit că a îndeplinit 32% din contractul, iar în solicitările de clarificări ulterioare punerii în aplicare a Deciziei Civile nr. a Curții de Apel București și pronunțată în Dosarul nr. .. a reieșit că procentul de contract realizat de

acest candidat este de ..., conform Instrucțiunii mai sus citate, acest contract nu a fost luat în considerare la alcătuirea punctajului pentru acest candidat.

Autoritatea contractantă arată că s-a autoevaluat cu un procent de 32% din acest contract.

Afirmația contestatoarei prin care „*Explicația prevăzută la Nota nr. 2.B.2. la art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017 pe care în mod neîntemeiat a aplicat-o*” este nejustificată atât timp cât „Nota” la care face referire este o Instrucțiune pentru autorități contractante, dată într-un act cu valoare normativă al ANAP.

Din actele depuse de contestatoare (Act adițional ... în legătură cu), autoritatea contractantă citează următoarele:

„3.1 Asocierea va funcționa sub forma unei singure entități integrate cu propriul sistem contabil. Cotele de Participare ale Părților la Asociere vor fi în procente menționate mai jos în dreptul numelui fiecăreia:

.....

Oricare dintre și toate drepturile, dobânzile, datoriile, garanțiile, obligațiile, riscurile, costurile, cheltuielile și obligațiile pecuniare precum și toate profiturile sau pierderile nete rezultate ca urmare a activităților Asocierii vor fi împărțite sau suportate de Părți (exceptând situațiile contrar specificate în prezentul acord) conform cu proporțiile participațiilor acestora, așa cum au fost precizate mai sus în dreptul denumirilor lor.”

Rezultă că petenta își asumă față de beneficiar riscuri și obligații proporțional cu cota de participare a acestuia în cadrul asocierii. Riscurile și obligațiile membrilor asocierii socotindu-se proporțional cu cota de participare a acestora. Din documentele anexate de contestatoare rezultă fără putință de tăgadă calitatea de lider de asociere în cadrul Asocierii ..din Contractul încheiat ..., dar această calitate nu poate fi asimilată sau confundată cu cea a unui antreprenor general datorită modului diferit de distribuire a răspunderii față de beneficiarul proiectului.

Afirmația conform căreia calitatea de lider al asocierii și faptul că a numit directorul de proiect, echivalează cu calitatea de antreprenor general în cadrul acestui contract, este contrazisă de prevederile acordului de asociere care reglementează clar faptul că responsabilitățile pentru îndeplinirea contractului sunt distribuite între toți membrii asocierii, proporțional cu cota lor de participare. Prevederile acordului de asociere întăresc încă o dată convingerea că partea executată de în acest contract este de

Autoritatea contractantă consideră că decizia de a nu a lua în considerare contractele care au fost realizate de candidați în proporție mai mică de .. este corectă și în conformitate cu legislația aplicabilă documentației de atribuire, precum și cu Decizia Civilă nr..

În concluzie, ...consideră că a acționat în mod legal, solicitând clarificări până la lămurirea completă a candidaturii și a luat o decizie cu respectarea întocmai a Hotărârii Curții de Apel București nr. ... și a tuturor prevederilor legale incidente.

Contestatoarea nu a făcut dovada îndeplinirii condițiilor necesare pentru validarea Contractului

Prin adresa din data de, fără număr de înregistrare, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr., contestatoarea a transmis concluzii scrise, urmare a punctului de vedere depus de autoritatea contractantă, solicitând respingerea apărărilor invocate de autoritatea contractantă și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Contestatoarea înțelege să își mențină toate criticile formulate pe calea contestației, răspunzând succint acelor argumente din cadrul punctului de vedere care nu au fost deja tratate în cuprinsul contestației.

1. a încălcat obligația de a motiva corespunzător neluarea în calcul a contractului, motivele dezvoltate în cuprinsul punctului de vedere neputând complini lipsurile procesului verbal de evaluare contestat.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă înțelege abia cu ocazia soluționării contestației, să motiveze în cuprinsul punctului de vedere excluderea sa prin neluarea în seamă a contractului, indicând pentru prima oară ceea ce ea apreciază ca fiind problemele principale ale informațiilor din acordul de asociere.

Motivarea din cuprinsul punctului de vedere nu poate fi considerată ca fiind cea aptă să corespundă cerințelor legale de transparență și să satisfacă dreptul contestatoarei la apărare, autoritatea având obligația să motiveze actul administrativ contestat.

2. Autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare contractul de pentru evaluarea ofertei contestatoarei, urmare a aplicării dispozițiilor art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, potrivit căreia beneficiază cu titlu de experiență similară de 100% din contractul menționat față de rolul său de antreprenor general, prin raportare la atribuțiile deținute

Raportat la dispozițiile art. 14 alin. (3), ceea ce este esențial în analiza capacității de antreprenor generai este împrejurarea că antreprenorul general are răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului, acesta putându-se prevala total de experiența dobândită prin coordonarea și executarea unui contract de achiziții, indiferent de niveluri de contribuție a acestuia la executarea efectivă.

Prin apărările sale, autoritatea contractată invocă false probleme care ar reprezenta piedici în luarea în calcul a contractului în procent de 100%:

- Obligațiile și responsabilității nu trebuie să aparțină integral antreprenorului general, ce este esențial este că antreprenorul poate fi ținut responsabil pentru întreaga lucrare, condiție îndeplinită în speță. De altfel, este uzual ca membri unei asocieri să răspundă solidar în fața

autorității, acesta fiind în realitate un avantaj și nu o problemă, atâta vreme cât solidaritatea presupune că, în fața autorității, fiecare poate răspunde pentru tot, indiferent de procentele de participare ale fiecăruia. Iar în ceea ce privește modalitatea de împărțire a răspunderii între membrii asocierii, aceasta este o chestiune internă ce nu privește relația cu autoritatea contractantă.

Interpretarea este infirmată de însăși dispoziția art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2013 a Președintelui ANAP care prevede dreptul antreprenorului general de a beneficia de un procent de 100% din valoarea contractului ca experiență similară, indiferent dacă a avut subcontractori. În aceste situații obligațiile și responsabilitățile sunt împărțite între subcontractori și antreprenorul general, fără ca acest aspect să afecteze în vreun fel aplicabilitatea dispoziției citate.

- În speță, rolul majoritar în organizarea executării și executarea contractului a aparținut, rolul contestatoarei de lider de asociere fiind echivalent, din punctul de vedere al atribuțiilor deținute, aceluia de antreprenor general, această calitate rezultând fără putință din clauzele 5, 6, 7 și 9 din acordul de asociere.

Astfel, dacă unul dintre membrii asocierii are rolul de antreprenor general, experiența dobândită de acesta va putea fi calculată ca experiență similară în cadrul unor procedurii de achiziție viitoare, indiferent de procentul executat din obligațiile contractuale.

- În ceea ce privește indicarea prevederilor art. 1851 și următoarele din Codul Civil român, acest text nu este relevant și nu poate fi opus în speță pentru a demonstra teza, atâta vreme cât contractul a fost încheiat și executat sub altă jurisidicție, în..... De altfel, el nu poate fi opus vreodată vreunui ofertant în cadrul unei proceduri de achiziție, pentru că ar conduce la încălcarea principiului nediscriminării; textul art. 14 (3) nu condiționează calitatea de antreprenor de cea reglementată în legislația română.

- În ceea ce privește împrejurarea că nu era singurul decident în cadrul asocierii, acest argument este de asemenea irelevant. Nu există nicio dispoziție legală care să prevadă că, pentru a avea calitatea de antreprenor general, o parte a asocierii trebuie să fie unicul decident. Astfel, decizi este lipsită de suport legal. Art. 14 alin. (3) din instrucțiunea ANAP are în vedere situația în care una dintre părțile asocierii exercită rolul de coordonator al acestei asocieri.

Contestatoarea menționează că prin raportare la atribuțiile avute în executarea contractului este evident că a avut răspunderea ducerii sale la îndeplinire, prin coordonarea și executarea sa cu ajutorul celorlalți membri ai asocierii, indiferent de nivelul său de contribuție la executarea efectivă și/sau de împrejurarea că, strict între membri asocierii, răspunderea a fost proporțională cu cota de participare a fiecăruia.

Contestatoarea arată că în speță sunt îndeplinite prevederile art. 14 alin. (3) din Instrucțiune, ... în calitate de antreprenor general putându-

ne prevala total de experiența dobândită prin coordonarea contractului

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

.....a inițiat o licitație restrânsă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. Valoarea estimată a contractului este de ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este

Împotriva deciziei privind respingerea candidaturii sale, ce i-a fost comunicată prin adresa nr. ..., societatea a înaintat Tribunalului București o contestație soluționată în sensul respingerii ei. Ca urmare a recursului formulat împotriva deciziei Tribunalului București, Curtea de Apel București s-a pronunțat, prin decizia civilă nr. ..., în sensul admiterii recursului, admiterii contestației formulate de, anulării raportului intermediar nr., a procesului-verbal de evaluare nr. ... și a actelor subsecvente, respectiv comunicările transmise de comisia de evaluare către candidați, și obligării autorității la reevaluarea ofertei reclamantei, potrivit considerentelor sentinței.

La finalizarea activității de punere în aplicare a deciziei instanței, autoritatea a elaborat raportul intermediar al procedurii nr. ..., comunicând decizia privind respingerea candidaturii sale prin adresa nr. ..., în care se arată motivele pentru care nu a fost luat în considerare contractul În adresă, autoritatea comunică societății modul în care a fost calculat punctajul corespunzător și care a determinat poziționarea candidaturii pe locul al șaptelea, astfel încât, fiind admise în etapa a doua a procedurii doar șase candidaturi, aceasta a fost respinsă.

Împotriva acestei noi decizii a autorității contractante, ...a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de ... lei, cu recipisa de consemnare nr. ..., emisă de), solicitând:

- anularea raportului intermediar nr.(comunicat contestatoarei la data de) și a deciziei de a respinge candidatura, precum și a proceselor verbale de evaluare și rapoartelor intermediare care au stat la baza emiterii sale, inclusiv a procesului-verbal de evaluare nr.;

- anularea comunicării nr. (transmisă contestatoarei la data de) privind respingerea candidaturii

- anularea tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă între momentul emiterii actelor atacate și momentul soluționării prezentei contestații;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea candidaturii contestatoarei, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea ei pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante cu privire la respingerea candidaturii, Consiliul reține că acesteia, în reevaluarea

dispusă prin decizia instanței, i-au fost solicitate clarificări prin adresele nr. și nr., căroră societatea le-a răspuns.

Văzând actele cauzei și susținerile părților, Consiliul stabilește că sunt în dezlegare următoarele aspecte:

- calitatea de antreprenor general pe care societatea si-o susține în cadrul contractului, invocat ca experiență similară și neluat în considerare de către autoritatea contractantă, în vederea stabilirii aplicării în speță a dispozițiilor art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice 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 [*„Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită: a) în situația în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză).”*];

- modul de interpretare și aplicare de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 14, Nota nr. 2, punctul B, subpunctul B.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 {*„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 similar: [...] B. În cazul în care cerința privind experiența similară este stabilită în corelație cu un plafon cantitativ: [...] B.2. Dacă membrii asocierii care a derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/individualizate, fiecare fiind 16 realizată în comun de către asociați prin cumularea resurselor acestora, așa cum rezultă din acordul de asociere dintre aceștia sau orice alt document echivalent, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii, cu un procent egal sau mai mare de .. din asocierea respectivă, a executat întregul contract. Contractul nu va fi considerat ca relevant pentru membrii asocierii care au fiecare un procent mai mic de ... din asocierea respectivă.”*};

În privința dezlegării primei chestiuni, Consiliul reține, ca un prim aspect, că, în acordul de asociere încheiat între membrii, societăți care au format asocierea denumită care a executat pentru

contractul având ca obiect, ... nu a fost identificată în mod expres ca fiind antreprenorul general al lucrărilor executate.

Pe de altă parte, societatea susține că, potrivit clauzelor din acord pe care le identifică în mod expres în contestație, a avut, în cadrul asocierii, calitatea de antreprenor general determinată nu de denumirea expresă în acest mod a poziției deținute, ci de atribuțiile și activitățile pe care societatea urma a le desfășura în cadrul și în legătură cu acel contract de execuție lucrări.

În susținerea raționamentului său, societatea indică următoarele clauze ale acordului de asociere încheiat în vederea executării contractului

- clauza 7.11 „*Liderul asocierii va inainta Procedura operationala în prima sedinta a Comitetului Director*”;

- clauza 5.1 „*Asocierea este reprezentata de catre Directorul de Proiect, care va fi desemnat de catre Liderul asocierii. [...] Printre altele, Liderul asocierii va coordona functionarea Asocierii prin convocarea Comitetului Executiv ori de cate ori este necesar, [...].*”;

- clauza 7.3 „*Executia practica și desfasurarea Lucrarilor va fi supervizata, coordonata, gestionata și condusa de catre Directorul de Proiect.*”;

- clauza 5.3 „*Liderul asocierii va avea dreptul la un onorariu egal cu 0,5% (jumătate de procent) din cifra de afaceri a asocierii, platibil lunar proportional cu platile primite de catre asociere de la beneficiar în legătura cu executia Lucrarilor.*”;

- clauza 5.2 „*Liderul asocierii va elabora un program anual al Adunărilor Acționarilor, care vor fi tinute trimestrial [...].*”;

- clauza 6.1 „*Asocierea va fi guvernata de catre Comitetul Director care va fi autoritatea suprema a Asocierii. Comitetul Director va fi compus din doi reprezentanți de la și un reprezentant de la fiecare dintre celelalte parti. [...], atunci o decizie asupra chestiunii va fi luata de o majoritate de patru la unu a Partilor, cu conditia ca votul Liderului asocierii sa faca parte din majoritate*”;

- clauza 6.2 „*Comitetul Director va consta din sase (6) membru, dupa cum urmeaza:: [...]. Presedintele Comitetului Director va fi [...].*”;

- clauza 6.4 „*Principalele atributii ale Comitetului Director includ, fara a se limita la, urmatoarele: a) stabileste strategiile Asocierii; [...].*”;

- clauza 7.1 „*Va fi infiintat un Comitet Executiv [...]. Comitetul Executiv va fi compus din doi reprezentanti din partea și un reprezentant din partea fiecareia dintre celelalte Parti [...].*”;

- clauza 7.2 „*Directorul de Proiect va fi desemnat de catre Liderii asocierii. [...].*”;

- clauza 9.1 „*Conturile asocierii vor fi ținute într-un sistem SAP/EIP care va functiona pe hardware-ul apartinand Liderului asocierii.*”;

- potrivit sub-clauzei 4.1, limitele ce vor fi plasate cu privire la drepturile reprezentanților care vor opera Contul de Operațiuni deschis de în numele asocierii și procedurile aferente pentru a comanda

tranzacțiile vor fi determinate și incluse în procedura operațională întocmită de

În vederea stabilirii caracterului relevant al susținerilor contestatoarei și al raționamentului său, Consiliul pornește analiza sa de la particularitatea ce determină calitatea antreprenorului general, respectiv aceea de entitate responsabilă în fața beneficiarului pentru executarea întregii lucrări în baza contractului convenit cu acesta, pentru respectarea termenelor de execuție în condițiile de calitate agreeate cu beneficiarul, penalizările privind întârzierile și erorile de execuție fiind aplicate direct antreprenorului.

Așa cum rezultă din susținerile autorității contractante, ...nu a prezentat acesteia contractul invocat ca experiență similară, aflat în dispută, drept urmare Consiliul va examina exclusiv clauzele acordului asocierii ALYSJ care a executat pentru contractul Din cuprinsul acestuia, relevante sunt următoarele:

- clauza 3.1. „[...] Oricare dintre și toate drepturile, dobânzile, datoriile, garanțiile, obligațiile, riscurile, costurile, cheltuielile și obligațiile pecuniare precum și toate profiturile sau pierderile nete rezultate ca urmare a activităților Asocierii vor fi împărțite sau suportate de Părți (exceptând situațiile contrar specificate în prezentul acord) conform cu proporțiile participațiilor acestora, așa cum au fost precizate mai sus în dreptul denumirii lor.”;

- clauza 3.2. „Niciun element al prezentului Acord nu va constitui sau nu va fi considerat sau interpretat a constitui o entitate separată sau independentă (companie, corporație, parteneriat, etc) între Părți, niciuna dintre acestea neavând autoritatea sau puterea (și neputându-se reprezenta pe sine ca având o astfel de autoritate sau putere) de a contracta sau de a-și asuma vreun angajament sau obligație în numele unei alte Părți (cu excepția situației în care a primit consimțământul prealabil scris al celorlalte Părți în acest sens).”;

- clauza 3.9. „În ceea ce privește executarea și derularea Contractului, Părțile vor fi răspunzătoare împreună și separat față de Beneficiar în temeiul Contractului, precum și față de terți. În relațiile lor interne, această răspundere colectivă și individuală a Părților va fi împărțită și alocată proporțional cu Cotele lor de Participare conform prevederilor Clauzei 3.1. de mai sus.”;

- clauza 5.9. „Fiecare Parte va fi responsabilă față de celelalte Părți pentru asumarea oricărei sarcini (o Sarcină Atribuită) atribuite acesteia potrivit prezentului Acord sau oricărei decizii a Comitetului Executiv sau a Comitetului Director. Când oricare dintre Părți nu îndeplinește orice Sarcină Atribuită sau nu îndeplinește o Sarcină Atribuită la timp, aceasta va fi exclusiv responsabilă și răspunzătoare pentru orice costuri sau întârzieri rezultante în cadrul Proiectului. Printre exemplele de Sarcini Atribuite (care nu vor limita formularea generală a acestei clauze) se numără semnarea oricărui document care a fost aprobat de către

Comitetul Executiv sau Comitetul Director și emiterea de revendicări, obligațiuni sau plăți aprobate de către Comitetul Executiv sau Comitetul Director.”;

- clauza 7.7. „Părțile au convenit să pună la dispoziția Asocierii, conform instrucțiunilor Directorului de Proiect și aprobării Comitetului Executiv, beneficiul întregii lor experiențe, tuturor cunoștințelor tehnice și abilităților, iar Părțile vor suporta în toate privințele cota lor de responsabilitate și sarcina îndeplinirii Lucrărilor.”;

- clauza 11.3. „Cu toate acestea, se convine în mod expres între Părți ca acestea să rămână contractual angajate unele față de altele în virtutea solidarității care le leagă de Beneficiar chiar și ulterior dizolvării și închiderii conturilor proporțional cu cotele indicate la Clauza 3.1. de mai sus, până la stingerea tuturor obligațiilor legale și contractuale rezultate din executarea Lucrărilor, în special în legătură cu posibila răspundere pentru defecțiuni identificate de Beneficiar după expirarea perioadei de notificare a acestora.”

Din clauzele citate imediat înainte, ale acordului de asociere, rezultă fără dubiu că liderul acesteia, ...nu este singura entitate responsabilă în fața beneficiarului Raporturile dintre părțile semnatare ale acordului de asociere și beneficiarul lucrărilor executate de acestea împreună sunt clar reglementate, în sensul în care răspunderea aparține fiecărui membru al asocierii pentru cota parte corespunzătoare din contract, toate efectele acestuia, rezultate ca urmare a activităților asocierii (drepturi, dobânzi, datorii, garanții, obligații, riscuri, costuri, cheltuieli, obligații pecuniare, profituri, pierderi nete) fiind împărțite sau suportate de părți conform cu proporțiile participațiilor acestora.

Drept urmare, din construcția clauzelor citate (3.1., 3.2., 3.9., 5.9., 7.7. și 11.3.), rezulta că niciunul dintre membrii asocierii, nici măcar liderul, nu a purtat întreaga răspundere a executării contractului față de beneficiar, neavând, în consecință, calitatea de antreprenor general, contrar susținerii contestatoarei.

Este adevărat că în sarcina liderului membrii asocierii ALYSJ au stabilit o serie de prerogative suplimentare față de cele ale celorlalți membri în vederea gestionării activității asocierii, însă acestea sunt specifice exclusiv calității de lider deținută, nefiind caracteristice poziției de antreprenor general pentru care determinantă este răspunderea sa exclusivă față de beneficiar. Așa cum rezultă din clauzele invocate de contestatoare (4.1, 5.1, 5.2, 5.3, 6.1, 6.2, 6.4, 7.1, 7.2, 7.3, 7.11 și 9.1), acestea conțin prevederi care se referă exclusiv la relația dintre membrii asocierii și la organizarea activității acesteia, fără nicio referire la relația cu beneficiarul lucrărilor ce au fost executate de asociere.

Chiar prevederea art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, invocată de contestatoare ca necesar a fi aplicată situației sale în această procedură, motivează luarea în calcul a întregii valori a contractului în cazul în care operatorul economic, ce prezintă respectiva experiență, a avut calitatea de antreprenor general în contractul

prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, prin faptul că *„antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză”*.

Or, așa cum rezultă din clauzele identificate și citate de Consiliu, ale acordului de asociere, răspunderea executării contractului a aparținut tuturor membrilor asocierii, ceea ce conduce la concluzia ca niciunul dintre ei nu a deținut calitatea de antreprenor general.

Drept urmare, se vădește ca decizia autorității contractante de a nu face aplicarea dispozițiilor art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, în ceea ce privește situația în analiză, a fost una corectă, în acord cu informațiile ce au rezultat din documentele ce i-au fost puse la dispoziție.

În privința celei de a doua chestiuni ce revine spre dezlegare Consiliului, respectiv corecta interpretare și aplicare de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 14, Nota nr. 2, punctul B, subpunctul B.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, Consiliul reține că, potrivit acestui subpunct B.2., *„Dacă membrii asocierii care a derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului fără ca fiecare în parte să fie responsabil strict cu îndeplinirea unei/unor anumite/anumitor activități ce poate/pot fi individualizată/individualizate, fiecare fiind 16 realizată în comun de către asociați prin cumularea resurselor acestora, așa cum rezultă din acordul de asociere dintre aceștia sau orice alt document echivalent, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii, cu un procent egal sau mai mare de 40% din asocierea respectivă, a executat întregul contract. Contractul nu va fi considerat ca relevant pentru membrii asocierii care au fiecare un procent mai mic de 40% din asocierea respectivă.”*

Autoritatea contractantă a considerat că, dată fiind implicarea în procent de 32% a societății ofertante în contractul invocat ca experiență similară, acest contract nu va putea fi valorificat deloc de aceasta, deoarece implicarea sa nu este egală mai mare decât ... din asocierea respectivă.

Însă, stabilește Consiliul, teza finală a articolului citat din instrucțiune nu poate fi interpretată în sensul în care contractul nu va fi relevant deloc, ci doar că el nu va fi relevant în procent de 100% (așa cum se stipulează în mod expres pentru membrii asocierii cu o contribuție egală sau mai mare de .. din execuția contractului), ci doar în procentul efectiv realizat de operatorul economic. În cazul examinat în prezenta speță, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă trebuia să ia în considerare contractul invocat ca experiență similară de către pentru procentul de ... realizat de această societate.

În interpretarea dată de autoritatea contractantă tezei finale a subpunctului B.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, ar însemna că experiența similară realizată în asociere de orice entitate care participă la

proceduri de achiziție publică (în care cerința de experiență similară a fost stabilită în corelație cu un plafon cantitativ) nu va putea fi valorificată decât dacă implicarea a fost egală sau mai mare de ..., ceea ce ar conduce la o restrângere nejustificată a concurenței în materia achizițiilor publice ori sectoriale. Pe de altă parte, nu se întâlnește în legislația privind achizițiile sectoriale vreo prevedere care să facă distincție între situația operatorilor economici, în ceea ce privește experiența lor similară, în funcție de întinderea implicării în activități anterioare, și valorificarea în acest context a capacităților deținute, astfel încât interpretarea dată de autoritate subpunctului B.2. să fie susținută legal.

De altfel, dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, impun respectarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal, care, în cazul de față, reprezintă necesitatea asigurării participării la procedură și valorificării și a resurselor deținute de acei operatori economici care au desfășurat activități anterioare în asociere, cu o implicare mai mică decât 40% din totalul prestației/contractului, desigur doar pentru partea de implicare efectivă, pentru a fi respectate și cele statuate de autoritatea națională de reglementare.

Nu s-ar putea susține că nivelul de implicare mai mic de .. nu este de natură să formeze convingerea că operatorul economic deține potențialul tehnic, financiar și organizatoric, 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, cu atât mai mult cu cât, în procedura analizată, autoritatea contractantă a impus condiția cumulării de maxim 3 contracte, din care „.....”, respectiv Astfel, autoritatea contractantă s-a asigurat cu privire la anvergura experienței anterioare a candidatului și cu privire la îndeplinirea rolului utilizării cerinței de selecție.

Relevant este și faptul că informația nu a fost determinantă în stabilirea admisibilității candidaturii prin prisma îndeplinirii cerințelor de selecție (conform paginii 4 din raportul intermediar nr., candidatura a fost admisă), ci în realizarea clasamentului candidaturilor admise, în vederea stabilirii candidaților selectați (minim 5, maxim 6), pe baza metodologiei de punctare a criteriilor de selecție, prevăzută în documentația de atribuire (evaluarea situației economico-financiare a candidatului și evaluarea experienței similare a acestuia).

Drept urmare, Consiliul stabilește incorecta și restrictiva interpretare de către autoritatea contractantă a instrucțiunii ANAP.

În consecință, Consiliul constată caracterul neîntemeiat al deciziei autorității cu privire la candidatura, rezultând din aplicarea eronată a dispozițiilor art. 14, Nota nr. 2, punctul B, subpunctul B.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, în ceea ce privește contractul de experiență similară, invocat de societate. Considerentele contestatoarei privind incidența în speță a dispozițiilor art. 14 alin. (3) lit.

a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 sunt reținute de Consiliu ca nefondate.

Consiliul va respinge criticile contestatoarei referitoare la lipsa motivării actului de comunicare a rezultatului procedurii, în condițiile în care adresa nr., prin care i s-a adus la cunoștință rezultatul primei etape a procedurii de licitație restrânsă, cuprinde motivele pentru care candidatura a fost respinsă, așa cum obligă dispozițiile art. 228 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 99/2016, la nivelul de rigurozitate al autorității contractante.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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 urmează să admită contestația depusă de și să anuleze raportul intermediar al procedurii nr. și toate celelalte acte ale autorității contractante referitoare la evaluarea și respingerea candidaturii, precum și comunicările privind rezultatul primei etape a procedurii de atribuire.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze candidatura depusă de și să stabilească rezultatul primei etape a procedurii pe care să îl comunice candidaților.

În baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, deoarece nu au fost depuse la dosar documente care să dovedească avansarea acestora, cuantumul și achitarea lor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de în contradictoriu cu

Anulează raportul intermediar al procedurii nr. și toate celelalte acte ale autorității contractante referitoare la evaluarea și respingerea candidaturii, precum și comunicările privind rezultatul primei etape a procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze candidatura depusă de și să

stabilească rezultatul primei etape a procedurii pe care să îl comunice candidaților.

Respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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.