

TRIBUNALUL BUCUREȘTI
SECȚIA A II-A DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa

În contradictoriu cu:

METROREX S.A., cu sediul în București, B-dul Golescu Dinicu nr. 38, sector 1, cod postal 010873, având codul de identificare fiscal RO 13863739, în calitate de *Autoritate contractantă*,

în temeiul art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 49 din Legea nr. 101/2016, formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

Împotriva Raportului intermediar al procedurii de atribuire nr. M. 09.03.01/552/20.12.2019, emis de Metrorex S.A., împotriva Comunicării nr. M.09.03.01/564/23.12.2019, emisă de Metrorex S.A., a Procesului-verbal de evaluare nr. M.09.03.01/441/17.10.2019, precum și a oricăror procese verbale subsecvente, prin care solicităm instanței să pronunțe o hotărâre prin care să dispună:

- anularea Comunicării privind rezultatul evaluării tehnice, înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/564/23.12.2019;
- anularea Raportului intermediar al procedurii de atribuire, înregistrat la Autoritatea Contractantă sub nr. M. 09.03.01/552/20.12.2019;
- anularea tuturor actelor subsecvente emise de Autoritatea Contractantă între momentul emiterii actului atacat și momentul soluționării prezentei contestații;
- obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de către subscrisa, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea acesteia pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire;

Totodată, solicităm obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații,

având în vedere următoarele:

MOTIVE

1. Succintă prezentare a situației de fapt

1.1. Aspecte relevante privind derularea procedurii de atribuire a contractului de achiziții

În data de 15.03.2019, Autoritatea contractantă Metrorex S.A. a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1009873/15 03.2019, respectiv fișa de date a achiziției având ca obiect „Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo”. (Anexa 1)

Procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție este aceea a licitației restrânse cu desfășurare online. Astfel, procedura a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare și a documentației de atribuire.

Prin documentația de atribuire au fost prevăzute următoarele criterii de selecție și metodologii de punctare:

- Evaluarea situației economico-financiare a candidatului – constând în: cifra de afaceri, capacitatea tehnică și profesională;
- Evaluarea experienței similare a candidatului – constând în: experiența similară în construcții tunele cu scut mecanizat, experiența similară în execuție construcții subterane, experiența similară în proiecte tunele, experiența similară în proiectare construcții subterane (exclusiv tunele).

În data de 25.06.2019, subscrisa am depus oferta pentru atribuirea contractului de achiziții. (Anexa 2).

Ca urmare a înregistrării unui număr de 11 candidaturi, Comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin verificarea informațiilor preliminare prezentate de candidați în DUAE și în documentele anexate.

În urma selecției preliminare, s-a stabilit faptul că un număr de 8 candidați, printre care și subscrisa, au îndeplinit condițiile de participare și cerințele minime asociate.

Ulterior, în data de 14.08.2019, subscrisei ne-a fost comunicată Adresa emisă de către Autoritatea contractantă și înregistrată sub nr. M.09.03.01/367/13.08.2019, prin care au fost solicitate clarificări, ca urmare a analizării și verificării documentelor încărcate în SEAP. (Anexa 3)

În concret, prin solicitarea de clarificări, Autoritatea contractantă a învederat subscrisei următoarele:

1. Bifarea eronată a unui motiv de excludere din cadrul Formularului DUAE;
2. Obligația de a completa la nivelul DUAE toate informațiile lipsă cu privire la experiența similară (e.g. „numărul documentului de recepție referitor la Contractul nr.”);
3. Obligația de a prezenta/completa la nivelul DUAE toate informațiile referitoare la parametrii tehnici și funcționali ai utilajelor, instalațiilor sau echipamentelor tehnice descrise;
4. Obligația de a prezenta numărul mediu anual de personal și numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani, din cadrul societăților:
5. Obligația de a completa/prezenta fișele de evaluare pentru experiența similară cu lungimile de tunel construite și volumele de excavație realizate,

inclusiv pentru activitatea de proiectare și să se completeze modalitatea de calcul, respectiv pe baza coeficienților de ponderare, cu justificarea fiecărei situații.

În data de 26.08.2019, subscrisa am transmis către Autoritatea contractantă Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. M.09.03.01/367/13.08.2019 (Anexa 4), prin care am tranșat fiecare chestiune expusă de către Metrorex S.A.

În acest sens, la aceeași dată, subscrisa am depus Oferta completată, în forma sa finală. (Anexa 5)

În data de 24.12.2019, subscrisa am luat la cunoștință de Raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților, înregistrat la Autoritatea contractantă sub nr. M.09.03.01/552/20.12.2019. Prin acest act se arată, în esență, faptul că oferta depusă de subscrisa a fost clasată pe locul , în cadrul procedurii de selecție, prin raportare la punctajele obținute de ceilalți candidați. (Anexa 6)

Totodată, la aceeași dată, subscrisa am luat la cunoștință de Comunicarea nr. M.09.03.01/563/23.12.2019, emisă de Serviciul Achiziții Publice Fonduri Nerambursabile, prin care am fost informați cu privire la soluția de respingere a ofertei depuse (Anexa 7).

Prin această înștiințare, Autoritatea contractantă a motivat soluția de respingere prin raportare la faptul că, prin aplicarea algoritmilor de calcul stabiliți în documentația de atribuire, respectiv prin Anexa 2 a documentului intitulat *Instrucțiuni către candidați/ofertanți*, a obținut un punctaj total de clasându-se pe locul . Astfel, întrucât doar primele 6 oferte sunt selectate pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire, oferta depusă de subscrisa a fost respinsă.

1.2. Metoda de calcul a punctajului obținut de

Prin Fișa de date a achiziției, Autoritatea contractantă a stabilit în sarcina participanților la procedura de atribuire următoarele obligații:

„Operatorii economici vor prezenta o listă a contractelor realizate în ultimii 10 ani, din care să rezulte că au fost realizate servicii de proiectare și au executat lucrări similare celor ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire. Cerințele minime impuse:

1) Maxim 3 contracte, din care să reiasă că operatorul economic a executat în ultimii 10 ani: T_{min} = minim 10 km tunel (fir simplu) sau 5 km tunel (fir dublu) de metrou/cale ferată, în mediul urban (sunt excluse lucrările de reabilitare, modernizare etc.), executate cu echipament tip scut mecanizat;

2) Maxim 3 contracte, din care să reiasă că operatorul economic a executat în ultimii 10 ani:

S_{min} = structuri subterane (altele decât tuneluri) cu un volum total minim de 172.800 m³ de excavații subterane (execuție stații de metrou în mediul urban; sunt excluse lucrările de reabilitare, modernizare etc. de tuneluri sau de structuri subterane, fiind admise doar lucrările de execuție efective a tunelurilor sau structurilor subterane, pasaje, garaje, parcări, în mediul urban, adâncimea acestor structuri subterane să fie mai mare de 14 m fata de suprafață, având în vedere ca stațiile de metrou subterane se află la o adâncime între 14m și 18m) cu condiția expresă ca, cel puțin o lucrare să fi avut ca obiect execuția de structuri subterane cu un volum de minim 50.000 m³ de excavații subterane (stații de metrou);

3) Maxim 3 contracte, din care să reiasă că operatorul economic a prestat servicii de proiectare în ultimii 10 ani: DT_{min} (proiectare, proiectare tunel) = minim km tunel (fir simplu) sau 5 km tunel (fir dublu) de metrou, cale ferată, în mediul urban, executat cu echipament tip scut mecanizat;

4) Maxim 3 contracte, din care să reiasă că operatorul economic a prestat servicii de proiectare în ultimii 10 ani: DSmin (proiectare, proiectare structuri subterane) = structuri subterane (altele decât tuneluri) cu un volum total de minim 172.800 m³ de excavații subterane (proiectare stații de metrou, în mediul urban; sunt excluse lucrările de reabilitare, modernizare, etc. de tuneluri sau de structuri subterane, fiind admise doar lucrările de proiectare efectivă a tunelurilor sau structurilor subterane, pasaje, garaje, parcări, în mediul urban, adâncimea acestor structuri subterane să fie mai mare de 14 m față de suprafața, având în vedere ca stațiile de metrou subterane se afla la o adâncime între 14m și 18m), cu condiția expresă ca, cel puțin o lucrare să fi avut ca obiect proiectarea unei structuri subterane cu un volum de minim 50.000 m³. În scopul verificării și evaluării experienței similare și acordării punctajului aferent criteriilor de selecție referitoare la experiența similară, candidații vor prezenta atașat formularului DUAЕ, aferent fiecărui contract prezentat pentru îndeplinirea cerințelor minime privind experiența similară, câte o Fișă de evaluare pentru experiența similară, detaliată completată conform modelelor prezentate în Secțiunea Formulare, cu informațiile necesare pentru acordarea punctajelor. Fișele menționate vor fi semnate de reprezentantul autorizat al candidatului, urmând ca acestea să fie verificate pe baza documentelor justificative prezentate pentru demonstrarea celor declarate. În cazul contractelor de servicii / lucrări a căror derulare s-a desfășurat sau se desfășoară și în afara perioadei menționate (ultimii 10 ani), în situația în care sunt prezentate documente oficiale edificatoare care să confirme recepționarea respectivelor servicii / lucrări în perioada de referință, va fi luată în calcul toată cantitatea care face obiectul documentului respectiv, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil / obiect de construcție cu funcționalitate independentă, fără a fi eliminată din calcul în mod artificial cantitatea aferentă lunilor / anilor ce nu se încadrează în perioada de referință.”

Ca urmare a stipulării acestor cerințe, în scopul dovedirii experienței similare, subscrisa, prin Oferta tehnică depusă, am prezentat următoarele contracte:

- Contractul de achiziții publice _____, având ca obiect _____
Participarea _____ a constituit 70% din execuția tuturor categoriilor de lucrări;
- Contractul de achiziții publice _____, având ca obiect _____
_____. În acest sens, _____ a acționat în calitate de lider al asocierii _____ și antreprenor general, având o participație de 32% din toate categoriile de lucrări;
- Contractul de achiziții publice _____, având ca obiect _____
_____. În cadrul acestor lucrări, _____ a avut calitatea de contractant unic.

Ca urmare a analizării algoritmilor de calcul prezentați de Autoritatea contractantă prin Comunicarea înregistrată de aceasta sub nr. M.09.03.01/564/23.12.2019, reiese faptul că Metrorex nu a luat în considerare, sub nicio formă, Contractul de achiziții publice _____ pentru evaluarea ofertei depuse de subscrisa.

Diferențele de punctaj obținute de _____, ca urmare a aplicării celor două modalități distincte de calcul, reies din Tabelul anexat prezentei Contestații (Anexa 8). Astfel, se observă faptul că oferta subscrisei ar fi fost clasată pe locul III în clasamentul de selecție, dacă Autoritatea contractantă ar fi evaluat experiența similară prin raportare la toate contractele de achiziții anterioare, ce au fost prezentate.

2. TEMEINICIA CONTESTAȚIEI FORMULATE

2.1. Nerespectarea obligațiilor prevăzute de lege în sarcina Autorității. Caracterul defectuos al procesului de evaluare

a) Încălcarea principiului bunei-administrații

Menționăm că noul cadru legislativ, stabilit prin transpunerea Directivei 2014/24/UE, a prevăzut în sarcina autorităților contractante obligația de a solicita clarificări, reprezentând un aspect de noutate față de vechea reglementare care prevedea doar un drept în acest sens.

În concret, conform art. 133 din HG nr. 394/2016, principiul bunei administrații presupune următoarele:

„Art. 133

(1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile stabilite, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:

- a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;
- b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;
- c) realizarea selecției candidaților, dacă este cazul;
- d) desfășurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;
- e) desfășurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;
- f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;
- g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;
- h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege;
- i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;”

Astfel, legea prevede expres în sarcina Autorității contractante obligația de a stabili care sunt clarificările necesare pentru evaluarea ofertei, în scopul garantării principiului bunei administrații.

În acest sens, arătăm că practica instanțelor Uniunii Europene a statuat că:

“este contrar principiului bunei administrații ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. Aici se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută care fi contrar principiului tratamentului egal”¹

De altfel, cu privire la principiul bunei-administrații, instanțele locale au reținut următoarele:

“necpecificarea/nedetalierea unei cerințe din caietul de sarcini nu echivalează cu neîndeplinirea ei. Decizia autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, nu pe elemente suficiente sau neclare”².

¹ Decizia Tribunalului de Primă Instanță de la Luxemburg din data de 10.12.2019, C. T. 195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene*, pct. 56 și 57

² http://www.cnscc.ro/wp-content/uploads/bo/2014/BO2014_3143.pdf

Astfel, în temeiul principiului bunei-administrații, observăm faptul că Autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări cu privire la ofertele depuse. De asemenea, aceasta este obligată să realizeze o evaluare corespunzătoare, efectivă și nu superficială, cu favorizarea celorlalți participanți prin omisiunea de a sesiza neregulile.

b) Încălcarea principiului proporționalității și principiul egalității de tratament

Principiul proporționalității presupune corelarea între: a) necesitățile autorității contractante; b) obiectul contractului de achiziție publică și c) cerințele ce trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității contractante.³

Acest principiu a fost definit în Cauza National Farmers' Union, unde s-a reținut că principiul proporționalității impune ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.⁴

În sensul celor de mai sus, într-o altă cauză s-a reținut că acest principiu impune autorității contractante, ca atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.⁵

În ceea ce privește obligația autorităților contractante de a efectua o analiză temeinică a ofertelor depuse și de a solicita clarificări acolo unde este cazul, în practica s-au statuat următoarele:

„(...) că evaluarea realizată a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune o corespondență cu (...) la loturile (...), știindu-se că orice decizie a Autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau neclare, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul apreciază că Autoritatea contractantă trebuia să aibă un rol activ și, în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2006, să solicite clarificări ofertantului (...) în legătură cu demonstrarea îndeplinirii cerinței (...)⁶

precum și că:

„(...) Autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să facă propriile supoziții referitoare la conformitatea ofertei, ci ar fi fost necesar să îi solicite ofertantului clarificări în legătură cu acest aspect (...) în lipsa unor documente de confirmare din partea producătorului, a informațiilor indicate în propunerea tehnică nu poate conduce la o evaluare corectă, astfel că Autoritatea contractantă trebuia să manifeste o minimă diligență și să aibă un minim rol activ pentru stabilirea conformității ofertei.”⁷

³ Dragoș Dacian, Vornicu Roxana, *Legea 98/2016 privind achizițiile publice comentată*, 2019, Wolters Kluwer, www.sintact.ro

⁴ Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, par. 60

⁵ Cauza T-211/02, Tideland Signal/Comisia (par. 43 și 56) și Cauza T-195/08, AntwerpseBouwwerken NV contra Comisiei (par. 57).

⁶ Decizia CNSC nr. 2653/2017, în Dan Cimpoeu, *Achiziții publice. Concesiuni. Parteneriat public-privat. Remedii și căi de atac*, Ediția a 4-a, ed. C. H. Beck, București, 2019, pag. 392.

⁷ Decizia CNSC nr. 549/2016, idem, pag. 408.

Cât privește principiul tratamentului egal, acesta presupune eliminarea elementelor de natură subiectivă care pot influența decizia în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Cu privire la acest principiu, s-a reținut în mod constant în practica CJUE că „principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv”⁸

c) Temeinicia motivelor de nelegalitate

De facto, comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertei subscrisei, fără a solicita clarificări și completări cu privire la aspectele ce au condus la respingerea candidaturii depuse.

Trebuie observat, astfel cum arătat *supra*, faptul că, deși Autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la oferta subscrisei, acestea nu priveau, sub nicio formă, aspecte legate de gradul de participare la executarea Contractului de achiziții publice încheiat în data de .

Astfel, solicitările formulate de Metrorex nu au creat vreun dubiu cu privire la relevanța Contractului menționat anterior, în vederea stabilirii experienței similare.

În acest context, prin solicitarea unor clarificări pur formale, în scopul completării unor informații eliptice, Autoritatea contractantă a încercat să creeze o aparență de legalitate și de respectare a principiilor enunțate.

Cu toate acestea, respingerea ofertei depuse, prin clasarea acesteia pe locul , nu a avut la bază niciun element ce a fost înverdat subscrisei prin comunicarea Solicitării de clarificări.

Prin urmare, Autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit, sub nicio formă, obligația impusă de lege de a solicita clarificările necesare evaluării corecte a ofertei, pentru ca, ulterior, să dispună o soluție discreționară de respingere a candidaturii subscrisei.

Mai mult, este limpede de observat faptul că măsura neluării în considerare a Contractului de achiziții publice nu este nicidecum proporțională cu pretinsa încălcare a Instrucțiunii nr. 2/2017. În ipoteza în care Autoritatea contractantă ne-ar fi înverdat această neconcordanță, subscrisea ar fi depus toate diligențele necesare pentru a demonstra relevanța contractului menționat.

În schimb, fără a solicita vreo lămurire, Autoritatea contractantă a înlăturat *de plano* contractul de achiziții, aplicând astfel o sancțiune extrem de drastică, vădit excesivă prin raportare la situația dată.

În concluzie, 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.

2.2. În mod greșit, Autoritatea contractantă nu a luat în considerare Contractul de achiziții publice : pentru evaluarea ofertei depuse

i) În principal, observăm că, în pofida faptului că Autoritatea contractantă nu a luat în considerare Contractul de achiziții publice pentru punctarea experienței similare în cadrul procedurii de selecție obligația acesteia de a evalua oferta subscrisei prin raportare la acest contract este de necontestat.

⁸ Cauza C-137/00 Milk Marque, Cauza C-106/83 Sermide.

În susținerea acestui argument, observăm faptul că dispozițiile art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP stipulează următoarele:

“(3) 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)”.

Astfel, 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.

Rațiunea reglementării acestei prevederi izvorăște din simplul fapt că, distinct de executarea propriu-zisă a obligațiilor, în cadrul unui contract de achiziție publică, este elementară și organizarea și planificarea realizării obiectivelor stabilite. Astfel, atribuțiile de coordonare trebuie avute în vedere, fiind esențiale pentru analizarea experienței similare.

În speță, reținem faptul că subscrisa _____ am avut, în cadrul Contractului de achiziții publice _____, încheiat între _____ și _____, calitatea de lider de asociere, atribuțiile stabilite fiind acelea de antreprenor general.

Conform Contractului de asociere în participație (Anexa 9), rolul subscrisei de antreprenor general este subliniat prin următoarele:

i) Potrivit Sub-clauzei 5 din Contract

- asocierea este reprezentată prin Managerul de proiect, ales de către _____, în calitate de lider de asociere. *Inter alia*, Liderul de asociere va coordona organizarea și funcționarea asocierii;
- liderul asocierii va stabili anual un program al Adunărilor generale ale acționarilor, care vor fi desfășurate trimestrial;
- _____, în calitate de lider de asociere, este îndreptățită să obțină o sumă de 0.5% din cifra de afaceri a asocierii.

ii) Potrivit Sub-clauzei 6 din Contract

- cel mai important organ de conducere a asocierii este reprezentat de Comitetul Director (potrivit Sub-clauzei 6 din Contractul de asociere). _____, în calitate sa de lider de asociere, numește 2 reprezentanți ai acestui comitet, în timp ce ceilalți membri ai asocierii aleg un singur reprezentant;
- 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 sub condiția ca _____ să facă parte din aceasta;
- președintele Comitetului Director este ales exclusiv prin decizia _____

iii) Potrivit Sub-clauzei 7 din Contract

- în cadrul Comitetului Executiv, vor fi desemnați doi membri ai _____, în timp ce ceilalți membri ai asocierii vor avea un singur reprezentant.
- Directorul de Proiect, conform Sub-Clauzei 7.2 va fi nominalizat de _____, 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.

Pe cale de consecință, din simpla interpretare a stipulațiilor contractuale reiese faptul că rolul majoritar în organizarea executării și executarea Contractului de achiziție publică , încheiat între și a aparținut subscrisei , în calitatea sa de lider de asociere.

Explicația prevăzută la Nota nr. 2 B.2. la art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017 are strict menirea de a prezenta metoda de apreciere a experienței similare, în situațiile în care niciunul dintre membrii asocierii nu are un rol dominant în organizarea și executarea contractului.

Astfel, din interpretarea prevederilor legale, observăm că raportarea la procentul de 40% din nivelul de executare a unui contract se va aplica doar în cazuri restrânse, în subsidiar față de regulile stabilite prin art. 14 alin. (3).

Prin urmare, dacă unul dintre membrii asocierii are rolul de antreprenor general, coordonând activitatea asocierii și trasând liniile directoare, experiența dobândită de acesta va putea fi calculată ca experiență similară în cadrul unor proceduri de achiziție viitoare, indiferent de procentul executat din obligațiile contractuale.

ii) În subsidiar, în ipoteza în care, *ad absurdum*, s-ar considera că Autoritatea contractantă a interpretat în mod corect dispozițiile Instrucțiunii nr. 2/2017, trebuie observat faptul că acestea încalcă în mod vădit atât normele de drept european ce garantează respectarea principiului proporționalității, cât și dispozițiile Legii nr. 99/2016.

Potrivit acestei interpretări eronate, în toate cazurile, va fi considerată drept experiență similară doar experiența membrului de asociere care a executat efectiv un procent de 40% din totalitatea obligațiilor contractuale asumate, indiferent de nivelul de implicare a acestuia în procesul de coordonare a asocierii și de atingere a obiectivelor stabilite.

Astfel cum am prezentat *supra*, principiul proporționalității reprezintă un principiu fundamental al dreptului european, reglementat *expressis verbis* pentru prima dată, în materia achizițiilor publice, prin Directiva 2014/24/UE și transpus în dreptul național atât prin Legea nr. 99/2016, cât și prin Legea nr. 98/2016.

În dreptul comunitar s-a statuat faptul că principiul proporționalității trebuie analizat sub 3 aspecte importante⁹:

- 1) dacă măsura este *un mijloc corespunzător* pentru realizarea obiectivului;
- 2) dacă măsura este *necesară* pentru realizarea obiectivului;
- 3) dacă există o *legătură rezonabilă* între măsură și obiectiv.

În esență, principiul proporționalității obligă atât statele membre, cât și autoritățile contractante să adopte strict măsuri echilibrate prin raportare la scopurile urmărite.

În speță, se observă faptul că, deși subscrisea am executat efectiv o proporție 32% din contract, prin atribuțiile conferite potrivit Contractului de asociere în participație, a deținut calitatea de antreprenor general. În acest context, măsura neluării în considerare a acestui contract încalcă în mod flagrant principiul proporționalității.

⁹ Ovidiu Manolache, "Tratat de drept comunitar", Ediția a 5-a, Editura C.H. Beck, București, p. 43

Prin urmare, faptul că subscribă am ordonat executarea întregului contract de achiziții, iar acest aspect nu a fost avut în vedere de Autoritatea contractantă, indică în mod expres faptul că stabilirea unui procent de 40% pentru luarea în considerare a experienței nu reprezintă, sub nicio formă, un mijloc corespunzător și necesar pentru realizarea obiectivului stabilit.

În concluzie, interpretarea Instrucțiunii nr. 2/2017 în sensul că experiența liderului de asociere care a avut calitatea de antreprenor general într-un contract anterior, dar care nu a executat efectiv mai mult de 40% din contract, nu poate fi luată în considerare drept experiență similară, încalcă principiul proporționalității, garantat prin lege, aducând atingere în mod grav drepturilor și intereselor participanților la procedura de atribuire.

Mai mult, cu privire la modalitatea de evaluare a ofertelor, observăm că prin Legea nr. 99/2016 au fost dispuse următoarele:

Art. 62 *„Entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.”*

Art. 63 *„(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elementele ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței.
(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elementele acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumți operatori economici.”*

Art. 191. *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.”*

Prin raportare la dispozițiile Legii nr. 99/2016, observăm că Instrucțiunea nr. 2/2017 adaugă la lege în mod abuziv. Trebuie reținut faptul că, în genere, instrucțiunea reprezintă strict un act administrativ normativ emis în aplicarea și executarea legii, care nu poate să prevadă, sub nicio formă, dispoziții contrare legii.

În speță, prin Instrucțiunea nr. 2/2017 sunt introduse condiții suplimentare care nu sunt în niciun caz necesare și adecvate pentru evaluarea ofertelor, astfel că, distinct de nerespectarea principiului proporționalității, sunt încălcate dispozițiile Legii nr. 99/2016, prin dezavantajarea evidentă a participanților la procedura de atribuire.

Prin urmare, este vădit abuzivă dispoziția legală prin care se impune ofertantului atingerea un prag minim de 40% din gradul de executare a unui contract, pentru luarea în considerare a experienței similare, în condițiile în care acesta a avut în mod neechivoc atribuții de coordonare și de gestionare a întregului proiect.

Având în vedere aspectele învederate *supra*, solicităm instanței să pronunțe o hotărâre prin care să dispună:

- anularea Comunicării privind rezultatul evaluării tehnice, înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/564/23.12.2019;

- anularea Raportului intermediar al procedurii de atribuire, înregistrat la Autoritatea Contractantă sub nr. M. 09.03.01/552/20.12.2019;
- anularea tuturor actelor subsecvente emise de Autoritatea Contractantă între momentul emiterii actului atacat și momentul soluționării prezentei contestații;
- obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de către subscrisa, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea acesteia pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire;

Totodată, solicităm obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

În drept: art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 49 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale precizate în cuprinsul prezentei Contestații;

Probe: înscrisuri.