

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA a VIII-a DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Copie către: **Metrorex S.A.**
cu sediul în București, B-dul Golescu Dinicu nr. 38, sector 1, România

Copie către: **CONSILIUL NAȚIONAL PENTRU SOLUȚIONAREA A CONTESTAȚIILOR**
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Cod Postal 030084, București

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa _____ cu sediul în _____
reprezentată legal prin _____ și conventional

sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în prezenta cauză,
persoana însărcinată cu primirea corespondenței fiind

în calitate de persoană care se consideră vătămată de actele emise de Autoritatea Contractantă Metrorex S.A. (denumită în continuare „**Autoritatea**”), cu sediul în B-dul Golescu Dinicu nr. 38, sector 1, București, România, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică 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” organizate conform Anunțului de participare nr. CN1009873/15.03.2019 (în continuare “**Procedura de Atribuire**”)

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, denumită în continuare *Autoritatea contractantă*,

în temeiul art. 29 și urm. și art. 33 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, formulăm prezenta

PLÂNGERE

Împotriva Deciziei nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020 și comunicate subscrisei la 31.08.2020 pronunțate de CNSC pe care o considerăm parțial nelegală și netemeinică, prin care vă solicităm

- să modificați în parte Decizia CNSC nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020 în ceea ce privește soluția de respingere a criticilor subscrisei în sensul că Metrorex ar fi trebuit să aplice art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 în virtutea calității subscrisei de antreprenor general și să ia în considerare contractul _____ cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, și, în consecință
- să anulați Raportul intermediar al procedurii de atribuire, înregistrat la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/179/30.07.2020 comunicat subscrisei la data de 03.08.2020 și decizia Metrorex de a respinge oferta tehnică a subscrisei, precum și Procesele Verbale de

Evaluare și Rapoartele Intermediare care au stat la baza emiterii sale, inclusiv Procesului-verbal de evaluare nr. M.09.03.01/172/27.07.2020;

- să anulați Comunicarea privind rezultatul evaluării tehnice, înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/189/31.07.2020 și comunicată subscrisei la data de 03.08.2020 prin care am fost informată de respingerea ofertei subscrisei;
- să anulați toate actele subsecvente emise de Autoritatea Contractantă între momentul emiterii actelor atacate și momentul soluționării prezentei contestații;
- să obligați Autoritatea Contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către subscrisea cu luarea în considerare a Contractului _____ cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea acesteia pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire;

și

CERERE DE SUSPENDARE

prin care vă solicităm să suspendați Procedura de atribuire până la soluționarea plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020

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

având în vedere următoarele:

MOTIVE

Precizare preliminară:

*Menționăm că prin prezenta plângere nu înțelegem să atacăm soluția CNSC de a admite contestația subscrisei, de a anula raportul intermediar al procedurii nr. M.09.03.01/179/30.07.2020 și toate celelalte acte referitoare la evaluarea și respingerea candidaturii _____ și de a obliga Metrorex la reevaluarea ofertei _____ cu luarea în considerare a contractului _____ cu titlu de experiență similară în proporție de 32%, soluție pe care o considerăm legală și temeinică în măsura în care instanța ar aprecia că subscrisea nu am avut calitatea de antreprenor general în contractul _____
Apreciem însă că în mod netemeinic și nelegal a reținut CNSC că subscrisea nu am avut rolul de antreprenor general în contractul _____ ceea ce ar atrage luarea în calcul a acestui contract cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, astfel că împotriva acestei soluții am formulat prezenta plângere.*

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 nr. 1 la contestația formulată în fața CNSC).

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 nr. 2 la contestația formulată în fața CNSC).

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 nr. 3 la contestația formulată în fața CNSC).

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. etc.”);
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 nr. 4 la contestația formulată în fața CNSC), 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 nr. 5 la contestația formulată în fața CNSC).

La 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 VII, în cadrul procedurii de selecție, prin raportare la punctajele obținute de ceilalți candidați (Anexa nr. 6 la contestația formulată în fața CNSC).

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 nr. 7 la contestația formulată în fața CNSC).

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 1 a documentului intitulat *Instrucțiuni către candidați/ofertanți*, a obținut un punctaj total de 12,33, clasându-se pe locul VII. Astfel, întrucât doar primele 6 oferte sunt selectate pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire, oferta depusă de subscrisa a fost respinsă.

După cum vom detalia în continuare, motivul care a condus la clasarea ofertei subscrisei pe locul VII este neluarea în calcul de către Autoritate cu titlu de experiență similară a Contractului de achiziții publice având ca obiect denumit în continuare

Subscrisa am formulat contestație împotriva deciziei Autorității Contractante de clasare a ofertei subscrisei pe locul VII, arătând în esență că în mod greșit Metrorex nu a luat în considerare Contractul de achiziții publice pentru evaluarea ofertei depuse și că pentru a ajunge la această concluzie, Metrorex a încălcat și obligația de a solicita clarificări cu privire la implicarea subscrisei în acest contract. Contestația a format obiectul dosarului nr. 52/3/2020.

După ce inițial contestația subscrisei a fost respinsă de către Tribunalul București, recursul subscrisei împotriva sentinței pronunțate de prima instanță a fost admis de Curtea de Apel București care prin Hotărârea nr. 534/28.05.2020 (Anexa nr. 8 la contestația formulată în fața CNSC) a admis contestația, a anulat Raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților, înregistrat la Autoritatea contractantă sub nr. M.09.03.01/552/20.12.2019, procesul verbal de evaluare aferent și actele subsecvente și a obligat Metrorex să re-evalueze oferta subscrisei, ținând cont de considerentele hotărârii. Pentru a ajunge la această concluzie, instanța a reținut:

Intimata nu a luat în considerare Contractul de achiziții publice R
23.04.2014, având în vedere că nu a fost depășit pragul de 40% prevăzut de art. 1
D 2 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017

(...)

Cu toate acestea, înainte de a face această apreciere, Comisia de evaluare a solicitat clarificări M.09.03.01/367/13.08.2019, prin care s-a solicitat clarificarea DUAE a tuturor informațiilor lipsă privind experiența similară, fiind preluate cei pct. III.1.3 a) din Instrucțiunile pentru candidați.

Aceste solicitări de clarificări nu precizează în nici un fel care sunt nec trebuiau explicate de către ofertant ci se reiau exact textele din Instrucțiunile candidați. Curtea apreciază că solicitarea de clarificări trebuia să fie clară și

(...)

Aprecierea comisiei de evaluare apare și ca prematură în condițiile în care DUAE nu sunt suficiente pentru a se concluziona fără echivoc dacă poate fi analizat prin prisma prevederilor art. 14.3 din Inst impunându-se cu necesitate prezentarea documentelor indicate în DUAE, pentru

În aplicarea Hotărârii nr. 534/28.05.2020 pronunțate de Curtea de Apel București, la data de 29.06.2020, Metrorex a transmis subscrisei solicitarea de clarificări înregistrată sub numărul M.09.03.01/157/29.06.2020 (Anexa nr. 9 la contestația formulată în fața CNSC) prin care a solicitat să precizăm activitățile realizate în cadrul Contractului , calitatea și partea îndeplinită de , însoțite de documente justificative.

Cu toate că această solicitare era neclară, echivocă și redundantă, la data de 06.07.2020, subscrisea am răspuns cu luarea în considerare a Hotărârii nr. 534/28.05.2020 pronunțată în dosarul nr. 52/3/2020, care a condus la re-evaluarea ofertei subscrisei, oferind toate detaliile în acest sens, chiar și cele nesolicitate de Metrorex (Anexa nr. 10 la contestația formulată în fața CNSC).

La data de 09.07.2020, Metrorex a transmis subscrisei solicitarea de clarificări înregistrată sub numărul M.09.03.01/164/09.07.2020 (Anexa nr. 11 la contestația formulată în fața CNSC), prin care a solicitat din nou o serie de explicații deja oferite de subscrisea 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 16.07.2020 subscrisea am răspuns încă o dată la toate aspectele indicate, atașând documentele solicitate (Anexa nr. 12 la contestația formulată în fața CNSC).

La data de 03.08.2020, subscrisea am luat la cunoștință de Raportul intermediar al etapei privind selecția candidaților, înregistrat la Autoritatea contractantă sub nr. M.09.03.01/179/30.07.2019. Prin acest act se arată, în esență, faptul că, în urma re-evaluării, clasamentul nu s-a schimbat, oferta depusă de subscrisea a rămânând clasată pe locul VII, 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 (Anexa nr. 13 la contestația formulată în fața CNSC).

Totodată, la aceeași dată, subscrisea am luat la cunoștință de Comunicarea nr. M.09.03.01/189/31.07.2020 privind rezultatul evaluării tehnice, prin care am fost informați cu privire la soluția de respingere a ofertei depuse (Anexa nr. 14 la contestația formulată în fața CNSC). Motivul respingerii ofertei subscrisei a fost, ca și cu ocazia primei evaluări, împrejurarea că doar primele 6 oferte sunt selectate pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire, în timp ce oferta subscrisei s-a clasat pe locul VII întrucât Metrorex nu a luat în considerare experiența similară dobândită în Contractul

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: DS_{min} (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 DUAE, 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
Autoritatea contractantă fiind
Participarea a constituit 70% din execuția tuturor categoriilor de lucrări;
- **Contractul de achiziții publice** având ca obiect
pentru beneficiarul
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 favoarea beneficiarului
În cadrul acestor lucrări a avut calitatea de contractant unic.

În ceea ce privește Contractul

menționăm că acesta a fost realizat în cadrul unei asocieri de tip Joint Venture al carei lider a fost Participarea partilor în aceasta asociere a fost următoarea:

- 32% (Lider și, așa cum vom arăta mai jos, antreprenor general)
- 22%
- 18%
- 18%
- 10%.

Din Comunicarea nr. M.09.03.01/189/31.07.2020 (a se vedea Anexa nr. 14) și algoritmiile prezentați în cuprinsul său, reiese faptul că Metrorex nu a luat în considerare, sub nicio formă, Contractul pentru evaluarea ofertei depuse de subscrisa.

Punctăm cu această ocazie că, la fel ca și cu ocazia primei evaluări, Metrorex a oferit o motivare foarte superficială care echivalează cu o lipsă de motivare pentru decizia sa, fără ca raționamentul său să poată fi urmărit de către subscrisa sau de instanțele de control. În acest fel, Metrorex a încălcat principiile fundamentale care guvernează materia achizițiilor publice, precum principiul transparenței și însuși dreptul la apărare al subscrisei.

Diferențele de punctaj obținute de , ca urmare a aplicării celor două modalități distincte de calcul, reies din Tabelul anexat prezentei plângeri (**Anexa nr. 1**). 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.

1.3 Contestația formulată de subscrisa și Decizia CNSC

Subscrisa am formulat contestație împotriva deciziei Metrorex de a respinge oferta subscrisei, solicitând anularea acesteia, a Raportului intermediar al procedurii de atribuire, înregistrat la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/179/30.07.2020 și a actelor care au stat la baza emiterii sale, a Comunicării privind rezultatul evaluării tehnice nr. M.09.03.01/189/31.07.2020 prin care am fost informată de respingerea ofertei subscrisei și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea

Metrorex la reevaluarea ofertei depuse de către subscrisa, cu consecința declarării acestela ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea acesteia pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire.

Prin Decizia CNSC nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020, CNSC a admis contestația subscrisei, reținând următoarele:

În ceea ce privește criticile subscrisei privind neluarea în calcul de către Metrorex a Contractului cu titlu de experiență similară în virtutea art. 14 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, CNSC a reținut că Metrorex ar fi trebuit să ia în considerare acest contract cu titlu de experiență similară în proporție de 32% proporțional cu procentul de participare în asociere a subscrisei.

Cu toate acestea, CNSC a apreciat că subscrisa nu am avut calitatea de antreprenor general în Contractul pentru ca acest contract să fie luat în calcul în proporție de 100% potrivit art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 reținând că:

Drept urmare, din construcția clauzelor citate (3.1., 3.7. și 11.3.), rezulta că niciunul dintre membrii asocierii liderul, nu a purtat întreaga răspundere a executării contractului beneficiar, neavând, în consecință, calitatea de antreprenor contrar susținerii contestatoarei.

Este adevărat că în sarcina liderului membrii asocierii au stabilit o serie de suplimentare față de cele ale celorlalți membri în vederea activității asocierii, însă acestea sunt specifice exclusiv calității deținută, nefiind caracteristice poziției de antreprenor generală. Determinantă este răspunderea sa exclusivă față de beneficiar rezultă din clauzele invocate de contestatoare (4.1, 5.1, 5.2, 6.4. 7.1. 7.2. 7.3. 7.11 și 9.1), acestea conțin prevederi c

2. TEMEINICIA PLÂNGERII. NELEGALITATEA ȘI NETEMEINICIA DECIZIEI PRONUNȚATE DE CNSC

Așa cum vom dezvolta în continuare, Decizia CNSC este pronunțată cu aplicarea greșită a legii întrucât în mod netemeinic și nelegal a considerat CNSC că subscrisa nu am avut calitatea de antreprenor general în (secțiunea 2.1)

2.1. CNSC a apreciat în mod netemeinic și nelegal că subscrisa nu a avut calitatea de antreprenor general în Contractul

După cum vom dezvolta în continuare, CNSC a apreciat în mod netemeinic și nelegal că subscrisa nu a avut calitatea de antreprenor general, pornind de la argumentul că subscrisa nu ar fi purtat întreaga răspundere a executării contractului față de beneficiar.

În realitate, așa cum vom arăta mai jos, subscrisa răspunde în fața beneficiarului pentru ducerea la îndeplinire a întregului contract, prin urmare această condiție este îndeplinită. Cumulând acest aspect cu împrejurarea că prin atribuțiile, drepturile și obligațiile sale conferite prin Acordul de Asociere, subscrisa nu a avut rolul unui simplu reprezentant pentru îndeplinirea formalităților administrative, ci a organizat și coordonat executarea lucrărilor, reiese că subscrisa a îndeplinit rolul de antreprenor general. **Atribuțiile**

din Acordul de Asociere confirmă că acestea nu sunt specifice unui simplu Lider de asociere, ci unui antreprenor general.

Independent de procentul de 40% prevazut de Nota nr. 2 punctul B2 de la art. 14 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, contractul trebuie luat în calcul ca experiența similară în proporție de 100% în temeiul art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Astfel, 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.

Remarcăm că dispozițiile art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP nu prevăd condiția ca antreprenorul general să fie unicul răspunzător pentru ducerea la îndeplinire a contractului în cauză, astfel cum în mod nelegal susține CNSC.

Esențial pentru ca un operator economic să aibă calitatea de antreprenor general este ca pe de o parte, din atribuțiile acestuia, să reiasă rolul său de a coordona și organiza modul de executare și executarea lucrărilor, iar pe de altă parte, operatorul să fie răspunzător în fața beneficiarului pentru ducerea la îndeplinire a contractului în cauză.

(i) Responsabilitatea în fața beneficiarului pentru executarea întregului contract

În ceea ce privește condiția ca să fie responsabilă în fața beneficiarului pentru executarea întregului contract, subliniem că, în ciuda susținerilor CNSC, această condiție este îndeplinită, așa cum reiese din clauza 3.9 a Acordului de asociere (Anexa nr. 2) potrivit căreia

„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.”

Împrejurarea că nu este unicul membru al Asocierii care răspunde în fața Beneficiarului pentru îndeplinirea întregului contract nu are relevanță pentru determinarea calității unei părți de antreprenor general. O astfel de condiție este lipsită de orice fundament legal, din moment ce nici art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP și nici altă prevedere legală nu prevăd o astfel de condiție.

Împrejurarea că, în scopul asigurării unei protecții maxime beneficiarului, toți membrii asocierii și nu doar antreprenorul general răspund solidar pentru executarea întregului contract nu se poate întoarce împotriva membrului asocierii care coordonează executarea lucrărilor astfel încât acesta să nu mai fie considerat antreprenor general. Un astfel de raționament este lipsit de logică sau suport legal.

De altfel, în ipoteza în care am considera drept condiție pentru determinarea calității de antreprenor general ca un singur membru al asocierii să poarte răspunderea ducerii la îndeplinire a întregului contract, am ajunge la concluzia că dispozițiile art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP nu s-ar mai aplica niciodată.

Acesta întrucât este de notorietate că, în cazul unui contract încheiat între o asocierie și beneficiar, toți membri asocierii răspund solidar față de beneficiar pentru executarea întregului contract, indiferent de cota lor de participare în asocierie, urmând ca apoi să se regreseze împotriva celorlalți membri ai asocierii. Or, în aceste condiții, dacă am continua raționamentul CNSC și am considera că doar unul dintre membri trebuie să poarte răspunderea pentru îndeplinirea contractului în fața Beneficiarului pentru a avea calitatea de antreprenor general, am ajunge la concluzia că niciodată niciun membru al asocierii nu ar putea avea calitatea de antreprenor general. Desigur, un astfel de raționament nu poate fi acceptat.

În mod similar, clauzele 3.1, 3.2, 5.9 și 7.7 din Acordul de Asocierie enumerate de CNSC privesc exclusiv raporturile dintre părțile Asocierii (și respectiv cota de răspundere a fiecărui membru al asocierii față de ceilalți membri) și nu relația cu beneficiarul, astfel că nu prezintă nicio relevanță pentru determinarea calității de antreprenor general.

Cu alte cuvinte, împrejurarea că în raporturile dintre membrii asocierii, fiecare răspunde potrivit cotei sale de participare în cadrul asocierii, astfel încât părțile urmează să se regreseze între ele în cazul în care Beneficiarul va ține responsabilă doar pe una dintre ele pentru întregul Contractul nu are relevanță pentru a stabili dacă una din părți are calitatea de antreprenor general.

(ii) Atribuțiile de a coordona executarea lucrărilor. a avut atribuții suplimentare cele aferente unui lider de asocierie, reprezentând veritabile atribuții de antreprenor general

În ceea ce privește rolul de a coordona organiza asocierii, reținem faptul că subscrisa am avut, în cadrul Contractului de achiziții publice I, încheiat între asocieria și calitatea de lider de asocierie, atribuțiile stabilite fiind acelea de antreprenor general.

Conform Contractului de asocierie în participație (Anexa nr. 16 la contestația formulată în fața CNSC), rolul subscrisei de antreprenor general este subliniat prin următoarele:

- i. Potrivit Sub-clauzei 7.11 din Acordul de asocierie, - **in calitate de Lider al asocierii - întocmeste Procedura operationala**, care este definita potrivit Clauzei 1 drept **ansamblul de linii directoare si instructiuni care determina modul de organizare a Asocierii si modul de executare a Lucrarilor;**
- ii. Potrivit Sub-clauzei 5.1 din Acordul de asocierie, *inter alia*, **Liderul de asocierie va coordona organizarea și funcționarea asocierii;**
- iii. Potrivit aceleiasi clauze, **asocieria este reprezentată prin Directorul de Proiect, desemnat de către în calitate de Lider de asocierie. Directorul de Proiect coordoneaza, supervizeaza, gestioneaza si conduce executarea practica si desfasurarea Lucrarilor**, conform Sub-clauzei 7.3;

- iv. Sub forma de **remuneratie 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 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 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, din simpla interpretare a stipulațiilor contractuale reiese faptul că rolul determinant în organizarea executării și executarea Contractului de achiziție publică încheiat între asocieria și a aparținut subscrisei Astfel, s-a îndepărtat prin atribuțiile exercitate de rolul strict de lider de asociere, îndeplinind și rolul de antreprenor general.

a purtat responsabilitatea coordonării întregului Contract, a modului de organizare a Asocierii și a modului de executare a Lucrărilor. Prin aceste atribuții, nu a manifestat doar rolul de lider de Asociere, responsabil cu reprezentarea asocierii și îndeplinirea unor atribuții administrative, ci a exercitat rolul unui veritabil antreprenor general.

(iii) **Concluzie:** a exercitat rolul de antreprenor general, astfel că trebuie să beneficieze cu titlu de experiență similară în proporție de 100% de contractul

Având în vedere că în contractul

- a fost responsabil în fața beneficiarului pentru executarea întregului contract
- a fost responsabil de coordonarea și stabilirea modului de executare a Lucrarilor și nu doar a modului de organizare a Asocierii
- a fost singurul membru al asocierii care a desemnat Directorul de proiect care coordoneaza, supervizeaza, gestioneaza si conduce executarea practica si desfasurarea Lucrarilor
- nu a exercitat doar atribuții specifice unui Lider de asociere, care îndeplinește formalități administrative și reprezintă asocieria, ci a exercitat veritabile atribuții ale unui antreprenor general, care gestionează modul de executare a lucrărilor și executarea acestora
- Deși a avut cea mai mare cotă de participare în contractul executând lucrări de un miliar de euro, acest contract nu a fost luat în calcul cu titlu de experiență similară pentru atribuirea contractului cu Metrorex în valoare de 250 de milioane de euro

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 procedurii de achiziție viitoare, indiferent de procentul executat din obligațiile contractuale.

Așadar, în speță, răspunde în fața beneficiarului pentru ducerea la îndeplinire a întregului contract, prin urmare această condiție este îndeplinită. Cumulând acest aspect cu împrejurarea că prin atribuțiile, drepturile și obligațiile specifice conferite prin Acordul de Asociere, nu a avut rolul unui simplu reprezentant pentru îndeplinirea formalităților administrative, ci a organizat și coordonat executarea lucrărilor, reiese că a îndeplinit rolul de antreprenor general.

În concluzie, se impune modificarea deciziei CNSC în sensul de a se constata că a îndeplinit rolul de antreprenor general, astfel că, în urma reevaluării, trebuie să beneficieze cu titlu de experiență similară în proporție de 100% de contractul în temeiul art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a Președintelui ANAP.

2. TEMEINICIA CERERII DE SUSPENDARE

Potrivit art. 33 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

”În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere dată cu citarea părților, suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului până la soluționarea cauzei. Încheierea este definitivă.”

În speță sunt îndeplinite ambele condiții pentru suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluționarea prezentei plângeri.

2.1 Scurte considerații teoretice

Prealabil expunerii argumentelor noastre care susțin temeinicia cererii de suspendare formulate, prezentăm câteva repere doctrinare și jurisprudențiale, pe deplin aplicabile prin analogie în speță.

Având în vedere că autoritățile administrative sunt active în numeroase domenii și că acțiunile lor sunt de natură să afecteze drepturile, libertățile și interesele individului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului („CEDO”) a analizat suspendarea executării actului administrativ din perspectiva Convenției.

Astfel, în hotărârea *Conka vs. Belgia*¹, CEDO a reținut ca „noțiunea de **recurs efectiv** în sensul **art. 13 din Convenție**² presupune ca recursul să poată împiedica executarea unor măsuri care sunt contrare Convenției și ale căror efecte sunt potențial ireversibile”.

În același sens cu cele arătate mai sus, sunt și prevederile **Recomandării nr. (89) 8 din 13 septembrie 1989 a Comitetului de Miniștri din cadrul Consiliului Europei asupra protecției jurisdicționale provizorii în materie administrativă, care împuternicesc autoritatea judiciară competentă să ia măsuri adecvate de protecție provizorie, dacă executarea unei decizii administrative poate cauza o daună severă persoanei private la care se referă**”.

În acest sens, rolul judecătorului este să facă o analiză a **diferitelor interese implicate în cauză, incluzându-le atât pe cele care sunt în favoarea suspendării, cât și pe cele care sunt în defavoarea suspendării („balance of interests”)**³.

Protecția provizorie a drepturilor și intereselor persoanelor private este reiterată și de **Recomandarea nr. (2003)16 din 9 septembrie 2003** a Comitetului Miniștrilor către Statele membre cu privire la executarea deciziilor administrative și jurisdicționale în domeniul dreptului administrativ, astfel:

„Când legea nu prevede ca introducerea unei contestații împotriva unei decizii determină suspendarea automată a punerii sale în aplicare, persoanele private trebuie să aibă posibilitatea de a cere unei autorități administrative sau jurisdicționale să suspende aplicarea deciziei contestate, pentru a asigura protecția drepturilor și intereselor lor.”

Principiul securității juridice și dreptul de acces la un tribunal, a cărui hotărâre să poată fi executată în mod efectiv, converg la a acorda posibilitatea instanței de a suspenda efectele unui act a cărui legalitate este contestată, înainte ca acestea să producă pagube ireparabile.

Simpla prezumție de legalitate de care actul administrativ se bucură nu poate, în mod rezonabil, să justifice imediata sa punere în aplicare, cât timp actul este supus unui proces de evaluare din partea instanței.⁴

Aceasta din urmă este chemată să realizeze un echilibru între interesele părților, iar în măsura în care există certitudinea unei pagube însemnate pentru destinatarul actului administrativ, să asigure aceea

¹ Cauza 51564/99, *Conka vs. Belgia*, hotărârea CEDO din 05.02.2002.

² Potrivit art. 13 din Convenție, „*orice persoană, ale cărei drepturi și libertăți recunoscute de prezenta convenție au fost încălcate, are dreptul să se adreseze efectiv unei instanțe naționale, chiar și atunci când încălcarea s-ar datora unor persoane care au acționat în exercitarea atribuțiilor lor oficiale*”.

³ Slawomir Dudzik, *Enforceability of Regulatory Decisions and Protection of Rights of Telecommunications Undertakings*, University of Warsaw, 2008, pag. 86

⁴ A se vedea A.Iorgovan, L.Vișan, A.S.Ciobanu, D.Pasăre, *Legea contenciosului administrativ. Comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, 2008, pag. 254

temporizare în aplicarea actului care să garanteze respectarea principiului securității juridice și dreptul de acces la un tribunal.

Pentru a evita producerea unor consecințe negative imposibil de înlăturat, instanța poate și trebuie să suspende executarea acestuia, până la confirmarea/infirmarea validității și legalității actului atacat.

Disponând suspendarea, instanța nu face decât să păstreze *status-quo-ul* până la acel moment.

În ceea ce privește îndeplinirea condițiilor necesare pentru admiterea cererii de suspendare, în aprecierea înțelesului noțiunii de „caz bine justificat”, în doctrină⁵ s-a statuat în sensul că

*„acesta din urmă amintește de necesitatea existenței unui argument juridic **aparent valabil** în contestarea legalității actului administrativ”* privitoare la situația de fapt și de drept, care este de natură să *„creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ”*.

2.2 În speță sunt îndeplinite condițiile pentru a se dispune suspendarea Deciziei CNSC

(i) Existența unui caz temeinic justificat

Toate motivele anterior prezentate pentru nelegalitatea și netemeinicia Deciziei CNSC reprezintă totodată argumente care demonstrează existența unui caz temeinic justificat.

Mai mult decât atât, flagranta nelegalitate a Deciziei pronunțate de CNSC întărește ideea că ne aflăm în prezența unui caz temeinic justificat pentru suspendarea Procedurii de Atribuire.

Cazul temeinic justificat este confirmat de faptul că decizia CNSC este dată cu încălcarea unor principii fundamentale care trebuie să guverneze procedura atribuirii, respectiv principiul transparenței, proporționalității și utilizării eficiente a fondurilor publice.

(ii) Necesitatea de a preveni o pagubă iminentă

În prezenta situație, continuarea Procedurii de Atribuire față de Decizia CNSC vădit nelegală ar crea subscrisei o pagubă aproape imposibil de recuperat.

Astfel, în situația continuării Procedurii de Atribuire, Autoritatea Contractantă urmează a încheia contractul, ceea ce afectează însăși șansa subscrisei de a câștiga licitația.

Aceasta în condițiile în care, în situația reevaluării ofertei subscrisei cu luarea în considerare a Contractului cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, subscrisa ne-am califica în etapa următoare a licitației de pe poziția 3, cu șanse substanțiale de a avea oferta câștigătoare după alocarea punctajelor aferente ofertei financiare.

Prejudiciul cauzat în acest mod subscrisei ar fi imposibil de recuperat întrucât, față de dispozițiile legale restrictive în această materie, în ipoteza în care Autoritatea Contractantă va încheia contractul până la soluționarea prezentei plângeri, subscrisa nu vom putea solicita anularea contractului astfel încheiat și reluarea procedurii, ci doar recuperarea prejudiciilor cauzate.

Or, ținând cont de practica instanțelor judecătorești, chiar în ipoteza formulării unei acțiuni în despăgubiri, prejudiciul recuperat de subscrisa va fi mult mai mic decât valoarea contractului pe care

⁵ A. Iorgovan și ații, *Legea contenciosului administrativ. Comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, pg. 260-261.

subscrisa l-am fi putut încheia în cazul în care oferta subscrisei ar fi fost avută în vedere în cadrul Procedurii de Atribuire.

Având în vedere toate argumentele invocate *supra*, vă solicităm:

- să modificați în parte Decizia CNSC nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020 în ceea ce privește soluția de respingere a criticilor subscrisei în sensul că Metrorex ar fi trebuit să aplice art. 14 alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 în virtutea calității subscrisei de antreprenor general și să ia în considerare contractul _____ cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, și, în consecință
- să anulați Raportul intermediar al procedurii de atribuire, înregistrat la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/179/30.07.2020 comunicat subscrisei la data de 03.08.2020 și decizia Metrorex de a respinge oferta tehnică a subscrisei, precum și Procesele Verbale de Evaluare și Rapoartele Intermediare care au stat la baza emiterii sale, inclusiv Procesului-verbal de evaluare nr. M.09.03.01/172/27.07.2020;
- să anulați Comunicarea privind rezultatul evaluării tehnice, înregistrată la Autoritatea Contractantă sub nr. M.09.03.01/189/31.07.2020 și comunicată subscrisei la data de 03.08.2020 prin care am fost informată de respingerea ofertei subscrisei;
- să anulați toate actele subsecvente emise de Autoritatea Contractantă între momentul emiterii actelor atacate și momentul soluționării prezentei contestații;
- să obligați Autoritatea Contractantă la reevaluarea ofertei depuse de către subscrisa cu luarea în considerare a Contractului _____ cu titlu de experiență similară în proporție de 100%, cu consecința declarării acesteia ca fiind conformă și acceptabilă, respectiv prin selectarea acesteia pentru etapa a II-a a procedurii de atribuire

precum și

- să suspendați Procedura de atribuire până la soluționarea plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. 36379/1680/C8 din 27.08.2020.

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

În drept: art. 29 și 33 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale precizate în cuprinsul prezentei Contestații;

Probe: înscrisuri.