C.N. S.C.
CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR
Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul în ....., Str....., nr....., etaj...., sector ....., cod poștal....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal prin dl. ..... – Director General și convențional prin....., cu sediul în ....., împotriva documentației de atribuire, emisă de către MUNICIPIUL ..... (.....), cu sediul în ....., B-dul....., nr....., ..., cod poștal....., având CIF....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „Achiziționarea a 100 de tramvaie”, s-a solicitat .....

Prin cererea de intervenţie, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ...../07.01.2019, formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul social în ....., ..., ..., judeţul ..... și cu sediul ales pentru comunicarea de procedură la ....., situată în ....., ..., ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ....., CIF R....., reprezentată legal prin ....., în calitate de director general și convențional prin ....., se solicită, în principal, încuviinţarea în principiu a cererii de intervenţie principală, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către S.C. ..... S.A., în ceea ce privește petitul d) (,,În legătură cu cerința de la Secțiunea III.3.a) din Fișa de date a achiziției : să înlocuiască pragul minim valoric de 28.000.000 lei, permisiv și lipsit de orice relevanță, impus pentru experiența similară, cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contract de achiziție publică a cărui valoare (estimată la suma de 845.687.394 lei) și complexitate sunt mult superioare celei rezultate din experiența astfel impusă participanților”) și, pe cale consecință admiterea cererii de intervenție; în subsidiar, se solicită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție accesorie și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către S.C. ..... S.A., în ceea ce privește petitul d) și, pe cale consecință, admiterea cererii de intervenție accesorie, precum și accesul la dosarul achiziției publice.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea .....01/2016, să soluționeze contestația de față, prin care S.C. ..... S.A. critică prevederile documentației de atribuire, prin care autoritatea contractantă a impus o serie de cerințe care sunt de natură a încălca flagrant principiile fundamentale ale achizițiilor publice și care, în forma în care au fost impuse, nu au capacitatea de a eficientiza nici procesul de ofertare, nici pe acela de evaluare, ci denotă o lipsă gravă de înțelegere atât a principalelor aspecte necesar a fi verificate în privința participanților, cât și a secvențelor tehnologice necesar a fi respectate pentru ca produsele livrate să aibă o calitate corespunzătoare. Ceea ce se critică efectiv, privește modul de organizare a sesiunilor de clarificări, termenele nerealiste de livrare și omologare a tramvaielor cu configurația tehnică impusă și verificarea extrem de superficială experienței ofertanților (ceea ce prezintă riscul de a conduce la o atribuire lipsită de eficiență practică și utilizarea ineficientă a unor sume importante din fondurile publice alocate procedurii).

În concret, cerințele din cadrul documentației de atribuire în legătură cu care contestatorul solicită adoptarea de măsuri de remediere, sunt următoarele:

a. Secțiunea II.1.4 din fișa de date a achiziției - Descrierea succintă a contractului sau a achiziției /achizițiilor: „*Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor este de 45 zile, iar autoritatea contractantă răspunde tuturor solicitărilor înainte cu 28 de zile față de data limită de depunere a ofertelor*".

b. Secțiunea II.2.4 din fișa de date a achiziției - Descrierea achiziției publice]și Anexa 1 la draft-ul de contract, care, citite împreună, impun următoarele cerințe:

Termenul de livrare a celor 100 de tramvaie, necesar a fi respectat de către ofertanți, este cel indicat în Graficul de livrare tramvaie, din Anexa 1 la draft-ul de contract;

Graficul de livrare a tramvaielor, din Anexa 1 la draft-ul de contract impune următoarele termene de livrare: Anul 1 de contract: 1 tramvai; Anul 2 de contract: 48 tramvaie; Anul 3 de contract: 48 tramvaie; Anul 4 de contract: 3 tramvaie.

c. Secțiunea III.1.3.a) din fișa de date a achiziției - Capacitatea tehnică și/sau profesională: „*Ofertantul va prezenta lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani, raportați la termenul limită pentru depunerea ofertelor, din care să rezulte că a livrat/furnizat produse similare cu cele care fac obiectul achiziției, la nivelul unuia sau mai multor contracte în valoare cumulată de minim 28.000.000 lei, cu indicarea datelor și a beneficiarilor publici sau privați*".

Respectivele cerințe (de la lit. a și b) sunt restrictive și se impun a fi modificate / înlocuite cu cerințe care să fie proporționale cu natura și complexitatea contractului, iar cerința de la lit. c) este prea permisivă, fiind disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului.

A. Termenele până la care se pot solicita clarificări și, respectiv, de transmitere a răspunsurilor de către autoritatea contractantă sunt neadecvate/disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului.

Potrivit pct. II.1.4 din fișa de date a achiziției, numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor este de 45 de zile, iar autoritatea contractantă răspunde tuturor solicitărilor de clarificare cu 28 de zile anterior datei limită de depunere a ofertelor. În concret, data limită de depunere a ofertelor este 14 februarie 2019, astfel că ofertanții pot adresa clarificări doar până la data de 31 decembrie ....., în condițiile în care documentația de atribuire a fost publicată în SICAP la data de 11 decembrie ..... În aceste condiții, față de cerințele tehnice impuse prin caietul de sarcini și volumul de documente conținut de documentația de atribuire ce trebuie studiat și înțeles de către ofertanți, rezultă că termenul de adresare a clarificărilor (31 decembrie .....) este unul restrictiv, fiind extrem de scurt (cu atât mai mult cu cât până la data de 31 decembrie ..... sunt o serie de zile libere legale). Pentru ca demersul de clarificare a documentației de atribuire să își atingă scopul și, deci, să fie unul util, contestatorul apreciază că ofertanților trebuie să le fie permis să adreseze clarificări până cu 20 - 25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Contestatorul precizează că scopul urmărit de legiuitor prin reglementarea instituției clarificărilor în cadrul procedurii de atribuire, reprezintă o garanție a faptului că, în cazul formulării unor criterii de atribuire sau selecție incomplete sau a unor factori de evaluare neclari, ori a unor cerințe insuficient detaliate, operatorii economici vor primi lămuririle necesare, care să facă posibilă formularea unei oferte.

În acest sens, pentru a asigura posibilitatea tuturor ofertanților de a modifica / completa corespunzător documentele de ofertă, în situația în care, prin răspunsurile sale, autoritatea contractantă modifică documentele achiziției, este absolut necesar ca aceasta să răspundă clarificărilor adresate într-un termen mult mai scurt (decât cel de 28 de zile), astfel încât să fie asigurat un interval de timp mai lung până la data limită de depunere a ofertelor, necesar pentru implementarea potențialelor modificări. Doar în această manieră, în care autoritatea contractantă răspunde rapid (.....-10 zile), asigurând un interval suficient de timp pentru implementarea modificărilor până la data limită de depunere a ofertelor, modificările posibil a rezulta ca urmare a clarificărilor adresate ar putea fi implementate de către operatorii economici interesați să depună ofertă în procedura de atribuire, iar principiile transparenței și egalității de tratament ar fi, deopotrivă, respectate.

Un alt aspect considerat important de către contestator, este acela că autoritatea contractantă a ales să răspundă tuturor întrebărilor ce îi vor fi adresate într-o singură rundă și consideră că aceasta trebuie să răspundă clarificărilor pe măsură ce le primește, etapizat, tocmai pentru a da posibilitatea ofertanților de a implementa răspunsurile în cadrul ofertei sau, cel puțin, să grupeze răspunsurile și să le furnizeze în cel puțin două runde, nicidecum pe toate odată. Fiecare solicitare de clarificare adresată la care autoritatea contractantă răspunde poate genera alte întrebări, fiecare răspuns al autorității contractante fiind susceptibil de a modifica modalitatea concretă de prezentare/elaborare a ofertelor. De aceea este important ca, pe de o parte, autoritatea contractantă să răspundă întrebărilor adresate în cel puțin două runde (aceasta ar trebui să furnizeze răspunsurile pe măsură ce primește întrebările) și, pe de altă parte, să asigure o perioadă suficientă pentru implementarea eventualelor modificări ce ar rezulta din răspunsuri.

În acest sens sunt și normele legale pe care contestatorul le redă mai jos și care, citite și interpretate împreună, conduc la concluzia că cele 45 de zile și respectiv, cele 28 de zile indicate de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, nu reprezintă un interval de timp suficient și adecvat pentru elaborarea / modificarea ofertelor în funcție de răspunsurile pe care aceasta le va furniza la solicitările de clarificare: art. 152, art. 153 și art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 27 și art. 55 din H.G. nr. 395/2016.

Față de ceea ce interesează în speță din perspectiva criticii formulate, din textele legale anterior citate, contestatorul apreciază că rezultă, în esență, că:

a. Termenul în care autoritatea contractantă răspunde la clarificări trebuie să fie cât mai scurt (de .....-10 zile de la momentul primirii întrebărilor). Deşi nu impune un termen limită până la care autoritatea contractantă să răspundă solicitărilor de clarificări adresate în legătură cu documentația de atribuire, întreaga reglementare din materia achizițiilor publice impune acesteia să răspundă la clarificări într-un termen cât mai scurt, asigurându-se că timpul acordat pentru elaborarea ofertelor este unul adecvat în raport de complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit;

b. Termenul în care autoritatea contractantă primește solicitări de clarificare a documentației de atribuire trebuie să fie mai lung, astfel încât ofertanții să poată adresa clarificări cu până la 20 - 25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor;

c. Incertitudinea privind posibila modificare a cerințelor tehnice (dar și a celorlalte) nu poate permite o pregătire corespunzătoare a documentației de ofertă. Desigur că, în cazul în care intervin modificări majore ale informațiilor din anunțul de participare sau din documentația de atribuire, autoritatea contractantă are două obligații principale și concomitente: (i) obligația de a transmite un anunț de tip erată în acest sens și (ii) obligația de a prelungi perioada de depunere a ofertelor stabilită inițial; cu toate acestea, dacă prin răspunsurile la clarificări nu intervin modificări majore/semnificative ale informațiilor din documentația de atribuire, neaflându-ne, deci, în ipoteza în care trebuie prelungită data limită de depunere a ofertelor, subzistă totuși obligația autorității contractante de a răspunde solicitărilor adresate, într-un termen cât mai scurt, de natură a permite ofertanților să implementeze modificările posibil a surveni prin răspunsurile la clarificări.

Astfel, în sensul susținerilor contestatorului, acesta indică, exemplificativ, extrase din jurisprudență, respectiv deciziile CNSC nr. ...../2017, nr. ...../2017 şi ..... / 1538/.....

Date fiind atât textele legale anterior citate, precum şi jurisprudența invocată şi, raportat la natura şi complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, S.C. ..... S.A. solicită C.N.S.C. să înlocuiască termenul de 45 de zile față de data limită de depunere a ofertelor până la care ofertanții pot solicita clarificări, cu unul de 20 - 25 de zile față de data limită de depunere a ofertelor şi, corelativ, să înlocuiască termenul de 28 de zile față de data limită de depunere a ofertelor până la care autoritatea contractantă are obligația de a răspunde clarificărilor, cu unul de ..... - 10 zile de la primirea solicitărilor de clarificare, permițând, totodată, mai multe runde de răspunsuri, pe măsură ce sunt adresate întrebările.

B. Termenele de livrare impuse prin graficul de livrare tramvaie sunt nejustificat de scurte.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze 100 de tramvaie şi echipamente necesare îmbunătățirii transportului public de călători pe liniile de tramvai, iar termenul de livrare a fost prevăzut prin Graficul de livrare minim descris în Anexa ..... la contract, respectiv: (i) în anul I de contract va fi livrat un tramvai, (ii) în al doilea şi al treilea an vor fi livrate câte 48 de tramvaie, iar (iii) în ultimul an de contract urmează a fi livrate 3 tramvaie, iar în caietul de sarcini se prevede că „ofertantul se obligă să livreze primul tramvai, în termen de maxim 9 luni de la semnarea contractului. După livrare ofertantul se obligă în maxim 3 luni să realizeze omologarea de tip a tramvaiului cap de serie, la achizitor, pe cheltuiala sa, pe baza

standardului de firmă de produs şi a cerinţelor şi reglementărilor legale în vigoare în România la data semnării contractului. În situaţia în care ofertantul declarat câştigător nu reuşeşte să obţină omologarea de tip a vagonului cap de serie, după cele 12 luni de la semnarea contractului, se va proceda la rezilierea contractului."

Astfel, contestatorul susţine că din Graficul de livrare minim impus, reiese un termen de livrare al tramvaielor redus, imposibil de respectat în raport de cerinţa de a asigura conformitatea tehnică a tramvaielor livrate impusă prin caietul de sarcini, iar punctul critic este reprezentat, în esenţă, de faptul că ofertantul desemnat câştigător trebuie să livreze primul tramvai în maxim 9 luni de la semnarea contractului şi să îl omologheze în maxim 3 luni de la livrare, în caz contrar, contractul va fi reziliat.

S.C. ..... S.A. apreciază că termenele de livrare sunt extrem de reduse (în special cel prin care se impune livrare în termen de 9 luni de la semnarea contractului şi omologarea în termen de maxim 3 luni de la livrare sub sancţiunea rezilierii contractului) prin raportare la: (i) cerinţele tehnice necesar a fi îndeplinite de către tramvaie, proprii Municipiului .....; (ii) termenele impuse la nivel european; şi (iii) experienţa dobândită în alte proceduri de atribuire ce au fost anulate în final, tocmai pentru imposibilitatea de a respecta aceste termene extrem de restrictive şi neuzuale.

Referitor la faptul că termenele de livrare şi omologare sunt extrem de scurte în raport de specificaţiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească tramvaiele, contestatorul precizează că, potrivit caietului de sarcini, modernizarea parcului de vehicule de transport public va cuprinde măsuri de îmbunătăţire a condiţiilor de confort şi informare a călătorilor, astfel: (i) coborârea podelei la nivelul peronului pentru facilitarea accesului, (ii) rampă pentru accesul persoanelor cu dizabilităţi, aer condiţionat în salonul de călători la postul de conducere, (iii) iluminat salon călători în tehnologie LED, (iv) informare vizuală şi auditivă în tehnologie LED/LCD, (v) infotainment, (vi) supraveghere video, (vii) numărare călători etc., iar tramvaiele care urmează a fi livrate în cadrul contractului nu sunt standard, ci urmează a fi configurate în concret în raport de cerinţele tehnice impuse de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, ceea ce, implică un interval de timp semnificativ mai mare pentru construcţie şi configurare; producţia şi configurarea tramvaielor, în maniera impusă prin ....., face, practic, imposibil de respectat, termenele de livrare şi omologare.

Aceste cerinţe tehnice care impun particularizarea tramvaielor necesar a fi livrate sunt, în esenţă, următoarele:

- standardul de gabarit SR 13353-....., care impune o serie de constrângeri de care constructorul trebuie să ţină seama, reprezintă o particularizare majoră a tramvaiului - pag. 8 din caietul de sarcini; Standardul în discuţie este specific reţelei din Municipiul ..... şi impune o serie de limitări ale gabaritului tramvaiului atât atunci când se deplasează în linie dreaptă, cât şi atunci când se află în curbă. Pentru a respecta aceste cerinţe, orice furnizor trebuie să facă o serie de verificări ale tramvaiului propus şi să adopte măsurile necesare pentru configurare (modificări ale articulaţiilor, modificări constructive etc.), iar în situaţia în care nu se procedează astfel, există riscul de a apărea interferenţe (respectiv, fie atingeri între două tramvaie aflate în mers, fie atingeri cu elemente constructive ale reţelei sau cu alte elemente de decor urban);

- cerinţa privind curba minimă de 18 m. Această cerinţă este restrictivă în sensul că nu toate tramvaiele sunt construite pentru a respecta această valoare, astfel că vor fi necesare adaptări, verificări, întăriri, ce necesită timp - pag. 8 din caietul de sarcini;

- cerinţa privind transponder tip VECOM - pag. 23 din caietul de sarcini; această instalaţie reprezintă modulul de comandă a macazelor în reţeaua modernizată a RATB; această soluţie trebuie, în prealabil, discutată cu furnizorul, integrată pe tramvaiul ce urmează a fi furnizat şi adaptată astfel încât să fie funcţională. Aceste demersuri necesită timp pentru activităţile de proiectare, aprovizionare şi, respectiv, montare;

- cerințele privind dotările cabinei, inclusiv ușa dublă din față a tramvaiului sunt descrise în detaliu în caietul de sarcini (pag. 22), inclusiv cerințele privind comunicarea tramvaiului cu dispeceratul necesar a fi respectate întocmai cum au fost impuse prin caietul de sarcini;

- cerința privind montarea pantografului pe modulul din față, inclusiv comanda macazului cu ajutorul pantografului reprezintă particularități ale tramvaielor necesar a fi livrate Municipiului ..... Totodată, pantograful trebuie montat în axa boghiului 1 - pag. 32 din caietul de sarcini; fiecare producător are o poziție specifică de montare a pantografului. Spre exemplu, pe tramvaiele Alstom, acesta este montat la mijlocul tramvaiului, pe tramvaiele Siemens, pantograful este montat pe modulul 2, fiecare constructor având o soluție pe care o utilizează cu precădere. De aceea, configurarea tramvaiului cu pantograful montat în axa boghiului 1 necesită timp pentru implementare;

- cerința privind dimensionarea instalației de încălzire și răcire corespunzător și adaptat climei din România - pag. 37 din caietul de sarcini;

- cerința privind informarea călătorilor - punctul 59, pag. 44 din caietul de sarcini, reprezintă o cerință exhaustiv reglementată pe care ofertanții trebuie să o asigure;

- cerința privind furnizarea sistemului de taxare reprezintă, de asemenea, o particularitate a tramvaielor ce se doresc a fi achiziționate, cu atât mai mult cu cât, de regulă, utilizatorul este responsabil pentru furnizarea și implementarea acestui sistem, pag. 46 - 47 din caietul de sarcini;

- impunerea, prin caietul de sarcini (pag. 9 din draft-ul de contract), a organismului certificator AFER, agreat de către autoritatea contractantă reprezintă, de asemenea o particularitate, deoarece organismul certificator este impus în procedura de atribuire, chiar dacă în contract se face referire și la organisme echivalente. Or, practica a demonstrat că 3 luni se dovedesc a fi insuficiente pentru obținerea omologării. Fiind un proces complex, procesul de omologare poate dura între ..... - 9 luni, ceea ce face, desigur, imposibilă respectarea cerinței privind termenul de livrare și omologare a primului tramvai.

În concret, așa cum rezultă din chiar cerințele impuse prin caietul de sarcini, enumerate exemplificativ mai sus, contestatorul menționează că întreaga configurare / utilare / echipare a tramvaielor cu elemente auxiliare este în detaliu reglementată, ceea ce implică un proces de reproiectare a unui tramvai standard, tocmai pentru ca tramvaiele livrate să corespundă tuturor specificațiilor tehnice și cerințelor funcționale impuse de către autoritatea contractantă. Or, raportat la multitudinea de cerințe și specificații tehnice impuse prin documentația de atribuire, termenele de livrare din documentația de atribuire sunt extrem de scurte, nerealiste și de natură a împiedica accesul efectiv la procedura de atribuire.

Referitor la faptul că termenele de livrare și omologare sunt extrem de scurte inclusiv în raport de cele impuse la nivel european, contestatorul arată că în Jurnalul Internațional de Transport Feroviar (International Railway Journal) sunt publicate rapoarte ce conțin, printre altele, inclusiv perioade de livrare a tramvaielor la nivelul statelor din Uniunea Europeană și nu numai. Din extrasele la care se va referi în continuare și pe care le atașează, rezultă că niciunde în Europa nu se solicită livrarea și omologarea unui tramvai în doar 12 luni, acest termen (pentru livrare și omologare) fiind de obicei de 2 - 3 ani și, în acest sens, arătă următoarele: Chemnitz a primit, în noiembrie ....., tramvaie de la Skoda, comandate în anul 2016; Munchen a pus în funcțiune, în decembrie ....., tramvaie Avenio de la Siemens, comandate în anul 2015; Viena a comandat tramvaie Ulf de la Siemens în primăvara anului 2004 și a pus în funcțiune primul tramvai în

decembrie 2006; Berna a lansat, la data de 01 decembrie 2016, o licitație pentru achiziția a 50 de tramvaie cu podea coborâtă. Contractul este estimat a fi semnat la finele anului 2019, iar livrarea tramvaielor este previzionată în perioada 2023 - 2024; Wiener Lokalbahn a semnat, în decembrie ....., un contract cu Bombardier, pentru achiziția a 18 tramvaie cu livrare începând cu anul 2021; Berlin BKW a anunțat semnarea unui contract suplimentar cu Bombardier pentru achiziția a 21 de tramvaie, cu livrare în perioada iulie 2020 - mai 2021, ca parte a unui contract cadru pentru a achiziția a 210 tramvaie, început în anul 2006. Contractul suplimentar a fost semnat dat fiind că o nouă licitație ar fi generat livrarea de tramvaie în anul 2026.

Așa cum se poate observa, nicio autoritate contractantă de la nivel european nu comandă tramvaie cu o perioadă de livrare mai mică de 2 ani de la data semnării contractului. Similar, în cazul în care se comandă cantități suplimentare în cadrul unui contract deja semnat, acestea nu sunt livrate la mai puțin de 18 luni față de data plasării comenzii. Această experiență dobândită la nivel european de către state care, spre deosebire de România, au modernizat flota de astfel de vehicule, reprezintă un indicator necesar a fi luat în seamă; a semna un contract cu obligații de livrare pe care, în concret, operatorul economic nu le va putea respecta nu produce niciun beneficiu nici autorității contractante, nici interesului public și nici operatorilor economici profesioniști care, din rațiuni prudențiale (pentru a evita sancțiuni), vor refuza să participe la astfel de proceduri.

Referitor la faptul ca termenele de livrare și omologare sunt extrem de scurte și de natură a conduce la anularea procedurii de atribuire, pentru nedepunerea niciunei oferte, contestatorul susține că experiența anterioară a altor autorități contractante (Municipiul Timișoara) este deosebit de relevantă în ceea ce privește stabilirea termenelor de livrare și omologare a tramvaielor. Licitația lansată de către Municipiul Timișoara, prin anunțul de participare nr. CN1004973/09.10....., pentru achiziția a 16 tramvaie noi, a fost în final anulată pentru nedepunerea niciunei oferte, din cauza termenelor de livrare extrem de scurte. Deși practica altor autorități nu creează nicio obligație legală Municipiului ....., contestatorul solicită C.N.S.C. a avea în vedere eficienta utilizare a fondurilor publice și abordarea procedurii de atribuire într-o manieră constructivă, care să permită participarea largă la procedura de ofertare, asumarea unor termene realiste de clarificări și depunere a ofertelor, respectiv a unor termene realiste de livrare efectivă a produselor de interes; în caz contrar, deși procedura de atribuire își va urma, cel mai probabil, cursul, finalitatea acesteia nu va putea fi atinsă.

În concluzie, rezultă că termenul de livrare (9 luni) și omologare (3 luni) este neuzual, nerealist și are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate în privința a accesului liber la procedura de atribuire, în aprecierea contestatorului impunându-se a fi extins la minim 2 ani pentru primul tramvai, astfel încât, primul tramvai să fie livrat într-un termen de 2 ani și omologat într-un termen de 1 an calculat de la data livrării.

Astfel, în sensul susținerilor sale, contestatorul indică, exemplificativ, extrase din jurisprudența națională și europeană (deciziile C.N.S.C. nr. ...../2012 și nr. ...../2016, deciziile C.N.S.C. publicate în BO nr. 0492/2015, ... /2013, ... /2014 și nr. ...../2013, art. 18 alin. (1) și art. 42 alin. (2) din Directiva 2014/24/UE și Hotărârea Curții din 25.10..... în cauza C-413/17).

C. Caracterul disproporționat al cerinței privind experiența similară în raport de natura și complexitatea contractului

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară cu respectarea următoarelor condiții: experiența similară solicitată trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și experiența similară se raportează la obiectul contractului de achiziție publică prin aplicarea

principiului proporționalității. Scopul cerinței privind experiența similară este acela de a asigura autoritatea contractantă că operatorii economici dețin experiența necesară pentru a executa contractul de achiziție publică la un standard de calitate corespunzător și că au finalizat cel puțin un astfel de contract și se evocă prevederile art. 2 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Or, deși valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură de atribuire este de 845.687.394 lei (echivalentul a 100 de tramvaie), contestatorul susține că autoritatea contractantă a solicitat, prin fișa de date a achiziției, cerința III.1.3. a) ca ofertanții să facă dovada că în ultimii 3 ani au livrat produse similare cu cele care fac obiectul achiziției și valoarea cumulată a acestor produse este de minim 28.000.000 lei (echivalentul a numai maxim 4 tramvaie).

Prin urmare, autoritatea contractantă a considerat că, raportat la obiectul și complexitatea contractului având valoarea estimată de 845.687.394 lei, ar fi suficientă experiența similară constând în livrarea de produse în valoare cumulată de 28.000.000 lei în baza unuia sau mai multor contracte derulate în ultimii 3 ani. Cerința astfel impusă este, în contrapondere cu cea privind termenele de livrare și omologare, extrem de permisivă și disproporționată în raport de complexitatea contractului pentru atribuirea căruia a fost lansată prezenta procedură de atribuire.

Raportat la valoarea produselor ce urmează a fi livrate în baza contractului de achiziție publică, respectiv 845.687.394 lei, valoarea de 28.000.000 solicitată de autoritatea contractantă pentru experiența similară este nesemnificativă. În baza raționamentului autorității contractante, dedus din maniera de formulare a acestei cerințe, un ofertant ce deține minimul de experiență similară impusă prin fișa de date a livrat 4 tramvaie pe parcursul a 3 ani, dar dovedește, prin această experiență, că ar putea livra 100 de tramvaie într-o perioadă de 37 de luni. Această situație este imposibilă dat fiind cerințele tehnice specifice ce trebuie îndeplinite de tramvaiele livrate, iar scopul cerinței privind experiența similară nu poate fi, astfel, atins.

Mai mult, deși ofertantul poate face dovada experienței similare cu unul sau mai multe contracte încheiate în ultimii 3 ani, valoarea solicitată pentru experiența similară are un raport de doar 3,31% din valoarea estimată a contractului, remarcându-se o disproporție clară și evidentă a valorii solicitate pentru experiența similară în raport de valoarea estimată a contractului.

Astfel, S.C. ..... S.A. face precizarea că formularea unei cerințe privind experiența similară într-un mod foarte permisiv și disproporționat în raport de valoarea contractului conduce, în mod automat, la situația în care o parte din ofertanți se pot conforma cerințelor solicitate de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, dar nu și obiectului și complexității contractului ce urmează a fi atribuit. În acest caz, pe lângă nerealizarea scopului pentru care a fost creată această cerință, există posibilitatea ca ofertantul declarat câștigător să nu poată gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică.

Or, atât normele legale ce vor fi redate mai jos, cât și jurisprudența pronunțată asupra unor chestiuni similare sunt de natură a susține argumentele contestatorului, care evocă prevederile art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, art. 172 și art. 178 din Legea nr. 98/2016, decizia ..... /

2017 pronunțată de Î.C.C.J. – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, decizia C.N.S.C. nr. ...../2016.

În concluzie, contestatorul menționează că cerința privind experiența similară impusă prin fișa de date a achiziției, la secțiunea III.1.3.a), este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului, fiind prea largă și neatingându-și scopul pentru care a fost impusă, respectiv acela de a asigura autoritatea contractantă că operatorii economici dețin experiența necesară pentru a executa contractul de achiziție publică la un standard de calitate corespunzător celui impus prin documentația de atribuire și solicită înlocuirea pragului valoric minim de 28.000.000 lei, cu un prag superior, care să reflecte în concret capacitatea operatorilor economici de a executa contractul de achiziție la standardele impuse prin documentația de atribuire.

D. cerința privind temperatura minimă a mediului ambient este restrictivă

Cerința privind mediul ambient (-33 grade Celsius) impusă la cap. 3, pag. ..... din caietul de sarcini este restrictivă și disproporționată, dat fiind că temperaturile minime înregistrate la ..... nu au fost niciodată mai mici de -25 grade Celsius și, prin urmare, impunerea unei temperaturi minime de -33 grade Celsius este nejustificată, în aprecierea contestatorului. Practic, prin această cerință dificil de verificat (rezistența la o atare temperatură ar putea fi verificată doar într-un tunel climatic) se impune furnizorilor, în egală măsură supradimensionarea unor componente și o proiectare specială a tramvaiului. Aplicarea ei generează atât costuri suplimentare, cât și o durată semnificativă de timp pentru reproiectarea unor componente ale tramvaiului.

Concret, S.C. ..... S.A. solicită modificarea valorii de la -33°C la -25°C, dat fiind că, în zona de sud a României nu au fost înregistrate temperaturi negative mai mici de -25°C. Practic, implementarea cerinței privind rezistența la temperaturi de -33°C impune redimensionarea unei părți importante a componentelor electrice a tramvaiului, fără însă a aduce vreun avantaj / beneficiu în plan practic privind exploatarea și disponibilitatea tramvaiului.

E. Cerința privind motorul electric de tracțiune asincron este restrictivă și nejustificată

Contestatorul arată că la cap. 42, pag. 38 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă impune ca tramvaiul să funcționeze cu motor electric asincron, fără a oferi vreo explicație pentru preferința acestui tip de motor. Dat fiind scopul achiziției publice lansate, se impune ca autoritatea contractantă să accepte și soluții moderne de motorizare electrică, cum sunt, spre exemplu, motoarele electrice cu magneți permanenți, care reprezintă o evoluție în dezvoltarea mașinilor electrice, deoarece ofertă performanțe electrice superioare la aceeași masă a motorului și la același consum de energie electrică. De asemenea, inclusiv procesul de mentenanță a unor astfel de motoare este mai facil.

Prin urmare, contestatorul solicită ca autoritatea contractantă să accepte și motoare electrice cu magneți permanenți.

F. Cerința privind lățimea minimă a culoarului de trecere de 600 mm este restrictivă și nejustificată

Contestatorul precizează că la cap. ....., pag. 10 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a impus o lățime minimă a culoarului de trecere de 600 mm. Cerința este restrictivă, iar necesitatea ei nu a fost explicată de către autoritatea contractantă.

Astfel, contestatorul solicită ca autoritatea contractantă să accepte ca lățime minimă a culoarului de trecere și lățimea de 500 mm, aceasta fiind de natură a asigura respectarea standardelor în domeniu.

G. Cerința privind boghiurile pivotante este restrictivă și nejustificată

Contestatorul menționează că la cap. 13 - Boghiuri, pag. 28 din caietul de sarcini, este impus tipul boghiurilor (liber pivotante), iar această cerință este restrictivă și nejustificată, de natură a limita accesul la procedura de atribuire. Fiecare fabricant are dezvoltat propriul său tip de boghiu, acesta nefiind neapărat pivotant, dar care asigură înscrierea corectă în curbă a tramvaiului în funcție de soluția constructivă dezvoltată. Impunerea unui anumit tip de boghiu prin caietul de sarcini nu poate fi justificată de către autoritatea contractantă din perspectiva obținerii unui avantaj / a unei soluții tehnice superioare etc., ci, dimpotrivă, ea nu poate fi justificată, reprezentând, în realitate, o cerință restrictivă.

În concluzie, contestatorul solicită să fie acceptate și alte tipuri de boghiuri, nu numai cele pivotante.

Contestatorul apreciază că solicitările sale se impun a fi acceptate, cu consecința remedierii documentației de atribuire, inclusiv în considerarea dispozițiilor art. 156 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, pentru toate motivele anterior expuse, S.C. ..... S.A. solicită C.N.S.C. admiterea contestației astfel cum a fost formulată și adoptarea de măsuri de remediere a documentației de atribuire contestate.

Prin adresa nr. 2130/1887/27.12....., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 53311/28.12....., MUNICIPIUL ..... a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

Cu privire la cerința de la Secțiunea II.1.4 din Fișa de date a achiziției și cu privire la solicitarea contestatorului

„(i) de modificare a termenului de 45 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor până la care ofertanții au dreptul să solicite clarificări și, pe cale de consecință, să permită adresarea clarificărilor de către ofertanți până cu 20–25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, astfel încât demersul de clarificare a documentației de atribuire să fie unul util"

și

„(ii) de modificare a termenului 28 de zile față de data limită de depunere a ofertelor până la care autoritatea contractantă răspunde solicitărilor de clarificare, cu un termen cât mai scurt de răspuns și pe cale de consecință, să permită formularea unor răspunsuri eficiente, etapizate, pe măsura adresării întrebărilor de clarificare, care să permită implementarea progresivă a aspectelor astfel clarificate",

autoritatea contractantă arată că a luat măsuri de remediere, după cum urmează:

- privind punctul b), litera (i), autoritatea contractantă, prin măsuri de remediere va prelungi data limită de depunere a ofertelor până pe data de 15.03.2019. Conform prevederilor legale, se acceptă în cadrul măsurilor de remediere două sesiuni de clarificări pentru care termenele vor fi stabilite astfel încât să se respecte termenele necesare pentru controlul ANAP ex-ante conform Deciziei ANAP .....0006/12.12....., respectiv pentru a permite adresarea clarificărilor de către ofertanți până cu 35 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, în prima sesiune și până cu 25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, pentru a doua sesiune;

- privind punctul b), litera (ii), autoritatea contractantă precizează că răspunde solicitărilor de clarificare, cu un termen de 15 zile față de data limită de depunere a ofertelor.

Referitor la cerința de la Secțiunea II.2.4 din Fișa de date achiziției și Anexa 1 la draft-ul de contract, respectiv *„să prelungească termenul restrictiv de livrare din primul an contractual, stabilit în prezent ca fiind de 9 luni de la semnarea contractului, respectiv termenul de omologare, stabilit în prezent ca fiind de 3 luni de la livrare*", autoritatea contractantă arată că a luat măsuri de remediere și va modifica termenul de livrare al tramvaiului cap de serie de la 9 luni la 12 luni, păstrându-se termenul de omologare de 3 luni la AFER, rezultând că, prin măsuri de remediere se vor modifica corespunzător următoarele:

- se modifică termenul de livrare pentru cap de serie de la 9 luni la 12 luni;
- termenul de livrare pentru tramvaiul cap de serie omologat AFER este de 15 luni de la semnarea contractului;
- termenele de livrare din graficul de livrare anexă la draft-ul de contract se modifică astfel:
  - Anul 1 – fără livrare;
  - Anul 2 – 1 tramvai cap de serie omologat plus 36 de tramvaie:
    TOTAL anul 2: 37 de tramvaie;
  - Anul 3 – 48 de tramvaie;
  - Anul 4 – 15 tramvaie.

Autoritatea contractantă prezintă Graficul de livrare tramvaie modificat, care va deveni anexa la draft-ul de contract.

Cu privire la cerința de la Secțiunea III.3.a) din Fișa de date achiziției: *„să înlocuiască pragul minim valoric de 28.000.000 lei, permisiv și lipsit de orice relevanță, impus pentru experiența similară, cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contractant de achiziție publică a cărui valoare (estimată la suma de 845.687.394 lei) și complexitate sunt mult superioare celei rezultate din experiența astfel impusă participanților*", autoritatea contractantă consideră că acest prag acoperă cerințele sale și precizează că societatea contestatoare nu are interes în a contesta această cerință, cât timp menținerea acesteia nu o prejudiciază în mod direct și nici nu este de natură să îi îngrădească în vreun fel participarea în procedură.

Se învederează că întreaga ..... de atribuire a fost avizată de ANAP, astfel că nu se poate pune problema ca pragul de 28 milioane lei impus pentru experiența similară să reprezinte un impediment în buna desfășurare a procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă subliniază că a intenționat ca prin stabilirea acestui prag să nu impună o valoare care să facă imposibilă depunerea vreunui oferte și să existe pericolul anulării procedurii din acest motiv.

De aceea, autoritatea contractantă este de părere că modificarea acestei cerințe în sensul solicitat de contestatoare este neîntemeiată deoarece s-ar impune o restricție posibililor ofertanți și s-ar împiedica astfel competiția liberă.

MUNICIPIUL ..... subliniază că, pe de altă parte, susţinerile contestatorului sunt contradictorii deoarece susține că cerinţele autorităţii contractante sunt prea restrictive şi că există pericolul nedepunerii unei oferte până la data limită, dar şi că acestea sunt prea permisive şi ar putea permite unui număr prea mare de ofertanţi să participe la procedură.

Autoritatea contractantă precizează că își menține această cerință solicitată în documentația de atribuire.

Referitor la cerința privind domeniul temperaturilor de utilizare (cap. 3, pag. ..... din Caietul de sarcini), respectiv „să modifice valoarea temperaturii minime de la -33 grade Celsius la -25 grade Celsius”, autoritatea contractantă precizează că solicitarea contestatoarei este neîntemeiată, această cerință fiind justificată de o serie de standarde pe care mijloacele de transport afectate transportului în comun trebuie să le îndeplinească. De altfel, aceste cerințe sunt impuse la toate vehiculele noi de transport public, care au fost și vor fi achiziționate în perioada următoare și reflectă condițiile meteo existente în Municipiul ..... ținând cont că acestea se regăsesc în prevederile SREN 60721-2-1:2014, respectiv climat temperat rece, temperatura de -330C. Sistemul de exploatare al tramvaielor în Municipiul ..... este realizat prin parcarea tramvaielor în aer liber în zonele de parcare special destinate din interiorul depourilor. Datorită acestui fapt tramvaiele parcate sunt supuse în mod direct condițiilor meteorologice existente.

Se învederează că neîncadrarea în cerințele de mediu definite poate conduce la situația în care parcul de tramvaie noi să fie în imposibilitatea ieșirii în circulație, producând o gravă perturbare a activității de transport public. Autoritatea contractantă consideră că ofertele de tramvaie moderne trebuie să facă față acestor cerințe. Furnizorul este obligat să asigure, prin proiectare și execuție, dotarea cu instalații de adaptare la cerințele meteo atât prin sisteme de încălzire locală pe timp de iarnă, cât și prin sisteme de ventilație/răcire pe timp de vară, aceasta fiind în avantajul furnizorului deoarece astfel se elimină posibilitatea apariției de defecțiuni legate de condens/supraîncălzire a componentelor și echipamentelor care alcătuiesc tramvaiul.

Autoritatea contractantă precizează că își menține solicitarea din caietul de sarcini, respectiv din documentația de atribuire.

Referitor la cerința privind motorul electric de tracțiune (cap. 42, pag. 38 din Caietul de sarcini), respectiv „să fie acceptate și motoare electrice cu magneți permanenți”, autoritatea contractantă învederează că solicitarea contestatoarei este neîntemeiată, iar MUNICIPIUL ..... își menține cerința din documentația de atribuire, dotarea tramvaielor cu motoare de tracțiune asincrone cu rotor în scurtcircuit și bobinajul statorului făcut din bobine cu miez magnetic făcut din tole fiind varianta care a dat rezultate optime în exploatare până în prezent. Utilizarea de magneți permanenți în construcția motorului de tracțiune duce la necesitatea înlocuirii motoarelor datorită pierderilor caracteristicilor magneților având în vedere regimul greu de exploatare care poate duce la supraîncălzirea pe perioade scurte a motoarelor. Ținând cont și de faptul că durata de viață a tramvaiului, solicitată prin caietul de sarcini, este de 30 de ani, aceste motoare trebuie să-și păstreze caracteristicile pe toată durata de viață a tramvaiului.

Referitor la cerința privind lățimea minimă a culoarului de trecere (cap. ....., pag, 10 din Caietul de sarcini), respectiv „să fie acceptată și valoarea de 500 mm pentru lățimea minimă a culoarului de trecere”, autoritatea contractantă arată că va lua măsuri de remediere, respectiv va accepta modificarea cerinței privind lățimea culoarului de trecere de la 600 mm la 500 mm.

Cu privire la cerința privind boghiurile (cap. 13, pag. 28 din Caietul de sarcini), respectiv „să fie acceptate și alte tipuri de boghiuri nu numai boghiurile liber pivotante”, autoritatea contractantă apreciază că solicitarea este neîntemeiată și își menține cerința caietului de sarcini - ca boghiurile să fie liber pivotante, având în vedere că această soluție este considerată ca fiind superioară din punct de vedere tehnic față de soluția propusă de contestator, verificată în timp pe infrastructura existentă în Municipiul ..... Astfel, tramvaiul Bucur LF ce a fost proiectat și fabricat în Municipiul ..... de către STB S.A. în uzina proprie, are în alcătuire un boghiu purtător fix care are mari probleme în exploatare din cauza înscrierii dificile în curbă. În acest sens se arată că se produc defecțiuni la lagărele roților boghiurilor, se uzează profilul de rulare al roților și se uzează șinele de rulare pe liniile pe care circulă aceste tipuri de tramvaie. În prezent, STB S.A. este

în curs de reproiectare a soluției respective pentru a asigura grade de libertate pentru ușurarea înscrierii în curbă a boghiurilor purtătoare la tramvaiele Bucur LF.

Autoritatea contractantă precizează că soluția tehnică cu boghiuri pivotante elimină transferul forțelor rezultate din contactul roată șină de la nivelul boghiului la nivelul caroseriei, prin asigurarea rotirii libere a boghiului față de caroserie, cu următoarele avantaje:

- reducerea uzurilor la calea de rulare, inclusiv a pieselor speciale;
- reducerea uzurii subansamblurilor de boghiu influențate de contactul roată șină;
- creșterea gradului de confort a vehiculului, respectiv reducerea vibrațiilor și a zgomotelor.

Având în vedere cele menționate mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca nefondate, a solicitărilor contestatorului pentru care autoritatea contractantă și-a menținut cerințele în documentația de atribuire, acceptarea măsurilor de remediere luate de autoritatea contractantă în urma solicitărilor S.C. ..... S.A., măsuri care vin să dovedească în plus că MUNICIPIUL ..... asigură principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Alăturat punctului de vedere, autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziţiei publice.

Prin cererea de intervenție, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ...../07.01.2019, S.C. ..... S.A., solicită, în principal, încuviinţarea în principiu a cererii de intervenţie principală, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către S.C. ..... S.A., în ceea ce privește petitul d) (,,În legătură cu cerința de la Secțiunea III.3.a) din Fișa de date a achiziției : să înlocuiască pragul minim valoric de 28.000.000 lei, permisiv și lipsit de orice relevanță, impus pentru experiența similară, cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contract de achiziție publică a cărui valoare (estimată la suma de 845.687.394 lei) și complexitate sunt mult superioare celei rezultate din experiența astfel impusă participanților") și, pe cale consecință admiterea prezentei cereri de intervenție principală și, în subsidiar, se solicită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție accesorie și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către S.C. ..... S.A., în ceea ce privește petitul d) și, pe cale de consecință, admiterea cererii de intervenție accesorie, precum și accesul la dosarul achiziției publice, pentru următoarele considerente :

În fapt, intervenientul arată că autoritatea contractantă MUNICIPIUL ..... a inițiat prezenta procedură de achiziție publică la data de ....., în acest sens publicând în S.I.C.A.P. anunțul de participare nr. ..... și documentația de atribuire aferentă acesteia.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii sale de intervenție principală, S.C. ..... S.A. invocă dispozițiile art. 61 din Codul de procedură civilă și arată că, în doctrină, s-a stabilit că, pentru promovarea unei cereri de intervenție principală, terțul intervenient trebuie să justifice „introducerea în proces în scopul apărării unui drept al său".

În caracterizarea noţiunii de drept propriu al intervenientului principal, literatura juridică a trasat următoarele coordonate: *„terţul trebuie să afirme în justiţie un drept subiectiv sau o situaţie juridică ocrotită de lege. (...) Intervenţia principală trebuie să fie considerată esenţialmente un act de conservare al patrimoniului. Se poate chiar afirma că intervenţia principală este un act nu numai reparator, ci şi conservator, sau (...) un mijloc de apărare preventiv".*

Aşadar, condiţia principală pentru admiterea în principiu a cererii de intervenţie principală constă în justificarea unui interes legitim propriu al S.C. ..... S.A., derivat din existenţa unui drept propriu care ar putea fi afectat prin soluţionarea litigiului ce poartă între părţile iniţiale.

În speța de față, S.C. ..... S.A. are calitatea de persoană interesată, care a avut şi are un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire şi care riscă să sufere un prejudiciu, în cazul în care actul autorităţii contractante, respectiv fișa de date a achiziției, mai exact Secţiunea III.3. a) din cuprinsul acesteia este contestat şi modificat, în cazul unei eventuale admiteri a contestaţiei şi al modificării pragului minim valoric impus pentru experienţa similară, întrucât intervenientul nu ar mai îndeplini cerinţa privind experienţa similară şi, pe cale de consecinţă, nu ar mai putea formula elabora ofertă în cadrul procedurii de atribuire în cauză şi nu ar mai avea posibilitatea de a mai semna contractul cu autoritatea contractantă.

Cu privire la admisibilitatea cererii sale de intervenție accesorie, S.C. ..... S.A. precizează că, în subsidiar, în ipoteza în care s-ar considera că cererea sa de intervenție principală nu este admisibilă, solicită încuviințarea unei cereri de intervenție în interesul autorității contractante.

În susținerea solicitării sale, intervenientul invocă prevederile art. 61 din codul de procedură civilă și afirmă că, în doctrină, s-a stabilit că, pentru promovarea unei cereri de intervenție accesorie în interesul uneia dintre părți, terțul intervenient trebuie să justifice propriul interes pe care îl urmărește prin admiterea sau respingerea cererii principale.

Astfel, interesul S.C. ..... S.A. de a interveni în în speța de față este justificat de susținerea argumentelor autorității contractante, în scopul respingerii contestației formulată de către S.C. ..... S.A., deoarece aceasta ar permite intervenientului elaborarea unei oferte în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică și posibilitatea ca, ulterior evaluării, S.C. ..... S.A. să semneze contractul cu autoritatea contractantă.

Referitor la temeinicia cererii de intervenție, S.C. ..... S.A. menționează că cerința prevăzută la Secțiunea III.1.3.a) din fișa de date a achiziției este legală și reflectă capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa contractul, raportat la valoarea sa estimată și la complexitatea sa.

Potrivit prevederilor din cuprinsul fișei de date a achiziției, Secțiunea III.1.3.a), *„Ofertantul va prezenta lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani, raportaţi la termenul limită pentru depunerea ofertelor, din care să rezulte că a livrat/ furnizat produse similare cu cele care fac obiectul achiziţiei, la nivelul unuia sau mai multor contracte în valoare cumulată de minim 28.000.000 lei, cu indicarea datelor şi a beneficiarilor publici sau privaţi*".

În opinia intervenientului, solicitarea S.C. ..... S.A. din cuprinsul contestației nu justifică/nu demonstrează interesul acesteia în a cere majorarea pragului minim privind experiența similară, ci, dimpotrivă, conduce la restrângerea concurenței, prin încercarea de limitare a posibilităților operatorilor economici de a participa de procedura de atribuire a contractului

într-o piață de profil în care se înregistrează o cerere mică pentru asemenea produse (tramvaie).

De asemenea, intervenientul subliniază că S.C. ..... S.A. nu este fabricant de material rulant, ci asigură doar mentenanța, respectiv doar modernizări de cale ferată.

Așadar, în speța de față, în situația în care oferta S.C. ..... S.A. ar fi desemnată câștigătoare, fabricarea celor 100 de tramvaie care fac obiectul contractului de achiziție publică în cauză ar fi subcontractată unor societăți românești de profil, S.C. ..... S.A. neavând experiența și capacitatea necesare pentru îndeplinirea contractului.

Totodată, intervenientul afirmă că acceptarea raționamentului S.C. ..... S.A., potrivit căruia modalitatea de formulare de către autoritatea contractantă a cerinței privind experiența similară ar fi făcută într-un mod foarte permisiv și disproporționat raportat la valoarea contractului, este ,,nelegală și ilogică", în condițiile în care cerința în cauză trebuie să fie legală, adică să respecte principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, stipulate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, chiar S.C. ..... S.A. a invocat în susţinerea argumentaţiei sale dispoziţiile art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, conform cărora ,,Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică prin introducerea unor criterii minime de calificare care a) nu prezintă relevanţă în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit; b) sunt disproporţionate în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit" și mai mult decât atât, la art. 31 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, se prevede că ,,Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca cerinţă minimă de calificare, în raport cu situaţia economică şi financiară a ofertanţilor/candidaţilor, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului".

Or, în cazul prezentei proceduri de atribuire nu numai că nu există un eventual risc de neîndeplinire a contractului de către ofertanţii care ar demonstra îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară, aşa cum a fost aceasta formulată de autoritatea contractantă, dar contestatorul nici măcar nu a demonstrat, în concret, motivul pentru care consideră că o asemenea cerinţă ar fi disproporţionată, în raport cu natura şi complexitatea contractului.

Dimpotrivă, tocmai ceea ce solicită S.C. ..... S.A. ar avea ca efect evident restrângerea concurenţei, prin restricţionarea participării la procedura de achiziţie publică, adică distorsionarea concurenţei şi discriminarea operatorilor economici interesaţi să participe la această procedură de atribuire.

Aceasta întrucât fixarea unui prag superior pragului fixat ar încălca din start însăşi cerinţele art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, nivelul pragului nemaiputând fi considerat ca fiind un criteriu minim de calificare.

Mai mult decât atât, intervenientul arată că niciuna dintre spețele invocate de către S.C. ..... S.A. în cuprinsul contestației, în încercarea de argumentare a petitului de la punctul d), nu susține teza expusă.

În plus, la art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 se prevede, în mod expres, faptul că autoritatea contractantă trebuie să asigure, prin cerințele impuse prin documentația de atribuire, un nivel corespunzător de concurență.

În sensul celor expuse mai sus, intervenientul invocă și doctrina și jurisprudența dezvoltate în materia achizițiilor publice și concluzionează că scopul criteriilor minime de calificare trebuie să rămână verificarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator de a îndeplini contractul.

În al doilea rând, intervenientul susține că S.C. ..... S.A. a încercat argumentarea solicitării sale, prin aplicarea unor algoritmi străini, care ar trebui analizați și aplicați din punct de vedere tehnic pe acest segment de piață.

Astfel, S.C. ..... S.A. a ignorat faptul că, la nivelul pieței de profil, cererea apare la intervale mari de timp, datorită faptului că produsele se încadrează într-un segment de nișă și implică o perioadă lungă de timp pentru obținerea rezultatelor prestării serviciilor.

Aşadar, chiar dacă s-ar admite fixarea unui prag superior pragului fixat de autoritatea contractantă, o asemenea cerinţă ar avea cu certitudine ca efect restrângerea concurenţei şi încălcarea tuturor principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică. Mai mult, o asemenea măsură nu ar avea în niciun caz efect de remediere a documentaţiei de atribuire, ci efect de prejudiciere directă, atât a bugetului local, cât şi a cetăţenilor, prin achiziţionarea de produse în condiţii de ineficienţă economică şi socială, adică în contradicţie cu scopul Legii nr. 98/2016, prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În opinia intervenientului, complexitatea contractului nu este dată de numărul de tramvaie care fac obiectul acestuia, ci de caracteristicile tehnice și funcționale ale tramvaielor. Tocmai din acest motiv, important pentru autoritatea contractantă este să aibă certitudinea că ofertanții participanți la procedură au capacitatea de a construi tramvaiul solicitat de aceasta, care să îndeplinească întocmai toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire.

De altfel, chiar S.C. ..... S.A. s-a raportat la cerințele specifice care trebuie îndeplinite de tramvaiele care urmează a fi livrate, potrivit contractului și nu la numărul de bucăți ce urmează a fi livrate: „Această situaţie este imposibilă date fiind cerinţele tehnice specifice ce trebuie îndeplinite de tramvaiele livrate, iar scopul cerinţei privind experienţa similară nu poate fi, astfel, atins".

Un argument în plus în susţinerea legalităţii criteriului contestat de către S.C. ..... S.A. şi a faptului că ceea ce interesează sunt detaliile aferente relevante pentru verificarea potenţialului tehnic, financiar şi organizatoric al fiecărui operator de a îndeplini contractul şi, deci, raportarea la valoarea unui tramvai construit în conformitate cu cerinţele tehnice prevăzute în documentaţia de atribuire, este că, de exemplu, în procedura organizată de către Municipiul Timişoara în anul ....., având ca obiect achiziţia de 16 tramvaie, valoarea unui tramvai era de aproximativ 11.500.000 lei, adică mult peste valoarea unui tramvai din prezenta procedură de atribuire, iar Municipiul Timişoara nu a fixat drept criteriu de selecţie

valoarea minimă a contractelor care au avut ca obiect livrarea de produse similare, ci exclusiv lista principalelor livrări de produse în ultimii ani, cu detaliile aferente relevante.

Faţă de toate aceste considerente, S.C. ..... S.A. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor admiterea cererii de intervenţie, aşa cum a fost aceasta formulată.

În replică față de punctul de vedere al autorității contractante nr. 2130/1887/27.12....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53311/28.12....., la data de 07.01.2019, S.C. ..... S.A. a transmis la dosarul cauzei adresa înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 636/08.01.2019, denumită „Note scrise”, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației și de remediere a documentației de atribuire, potrivit precizărilor ce vor fi expuse în continuarea prezentelor note scrise.

Astfel, contestatorul arată că prezentele note scrise vizează, pe de o parte, clarificarea limitelor învestirii Consiliului prin contestație, date fiind măsurile de remediere dispuse de către MUNICIPIUL ..... și, pe de altă parte, punctarea argumentelor esențiale pentru care se impune adoptarea de măsuri de remediere în legătură cu toate aspectele criticate de către societatea sa prin contestația în cauză.

În ceea ce privește limitele învestirii Consiliului, S.C. ..... S.A. va prezenta în cele ce urmează, sub formă tabelară: măsurile de remediere solicitate de către S.C. ..... S.A. prin contestație, măsurile de remediere adoptate de către autoritatea contractantă, ca urmare a contestației formulată de către S.C. ..... S.A. și măsurile de remediere necesar a fi dispuse, astfel încât documentația de atribuire să intre în legalitate:

MĂSURI DE REMEDIERE SOLICITATE PRIN CONTESTAȚIE	**MĂSURI DE REMEDIERE DISPUSE DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ CA URMARE A CONTESTAȚIEI**	**MĂSURI DE REMEDIERE NECESAR A FI DISPUSE ÎN CONTINUARE**
Modificarea termenului restrictiv acordat pentru adresarea solicitărilor de clarificări	A fost prelungită data limită de depunere a ofertelor până la data de 15.03.2019. Au fost acceptate 2 sesiuni de clarificări, respectiv se permite adresarea de clarificări până cu 35 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor în prima sesiune și până cu 25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor în cea de a doua sesiune; Autoritatea contractantă a răspuns întrebărilor cu 15 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.	În legătură cu această chestiune, nu se impun măsuri suplimentare de remediere.
		În legătură cu această cerință se impun în continuare măsuri de remediere, termenul de livrare și omologare fiind în

Prelungirea termenului restrictiv de livrare din primul an contractual, stabilit în prezent ca fiind de 9 luni de la semnarea contractului, respectiv termenul de omologare, stabilit ca fiind de 3 luni de la livrare.	A fost modificat termenul de livrare a tramvaiului cap de serie de la 9 luni la 12 luni; Termenul de livrare pentru tramvaiul cap de serie, omologat AFER este de 15 luni de la semnarea contractului.	continuare restrictiv, raportat la cerințele și specificațiile impuse prin caietul de sarcini. În concret, S.C. ..... S.A. solicită ca livrarea tramvaiului cap de serie să fie realizată în termen de 2 ani de la semnarea contractului și omologarea să fie realizată într-un termen de 1 an față de momentul livrării.
Înlocuirea pragului minim valoric de 28.000.000 lei, permisiv și lipsit de orice relevanță, impus pentru experiența similară, cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contract de achiziție publică a cărui valoare (estimată la suma de 845.687.394 lei)	Nu au fost dispuse măsuri de remediere.	În legătură cu această cerință, se impun măsuri de remediere constând în înlocuirea pragului minim valoric impus pentru cerința privind experiența similară cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contract de achiziție publică de natura și complexitate celui ce se dorește a fi atribuit în prezenta procedură.
În legătură cu cerința privind domeniul temperaturilor de utilizare (cap. 3, pag. ..... din Caietul de sarcini), să modifice valoarea temperaturii minime de la -33°C la -25°C.	Nu au fost dispuse măsuri de remediere.	În legătură cu această cerință se impun măsuri de remediere dat fiind că, în zona de sud a României, nu au fost înregistrate temperaturi negative mai mici de -25°C.
În legătură cu cerința privind motorul electric de tracțiune (cap. 42, pag. 38 din caietul de sarcini) să fie acceptate și motoare electrice cu magneți permanenți.	Nu au fost dispuse măsuri de remediere.	În legătură cu această cerință se impun măsuri de remediere, prin acceptarea inclusiv a motoarelor electrice cu magneți permanenți, care reprezintă soluții moderne de motorizare electrică.
În legătură cu cerința privind lățimea minimă a culoarului de trecere (cap. ....., pag. 10 din caietul de sarcini) să fie acceptate și valoarea de 500 mm pentru lățimea minimă a culoarului de trecere.	A fost acceptată modificarea cerinței privind culoarul de trecere de la 600 mm la 500 mm.	În legătură cu această cerință nu se impun alte măsuri de remediere.
În legătură cu cerința privind		

boghiurile (cap. 13, pag. 28 din caietul de sarcini), să fie acceptate și alte tipuri de boghiuri nu numai boghiurile liber pivotante.	Nu au fost dispuse măsuri de remediere.	În legătură cu această cerință se impun măsuri de remediere, constând în acceptarea inclusiv a altor tipuri de boghiuri, nu numai a celor liber pivotante, cerința în versiunea actuală fiind restrictivă și nejustificată.

În continuarea prezentelor note scrise, S.C. ..... S.A. aduce la cunoștința Consiliului argumentele sale în susținerea necesității adoptării măsurilor de remediere solicitate.

Astfel, S.C. ..... S.A. arată că termenele de livrare și omologare impuse prin graficul de livrare, astfel cum a fost modificat de către autoritatea contractantă, sunt în continuare restrictive și nejustificate, în acest sens reiterând aspectele evocate în cuprinsul contestației

Fără a relua argumentaţia expusă, pe larg, prin contestaţie în susţinerea caracterului restrictiv al acestei cerinţe, S.C. ..... S.A. prezintă în continuare, punctual, o serie de argumente care sunt de natură a convinge Consiliul că termenul de livrare şi omologare în versiunea actuală (15 luni) este în continuare restrictiv şi se impune a fi modificat cu un termen rezonabil de 2 ani de la semnarea contractului, pentru livrarea primului tramvai şi 1 an de la livrare pentru omologarea tramvaiului cap de serie.

În esență, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele aspecte:

Termenele de livrare şi omologare sunt extrem de scurte în raport de specificaţiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească tramvaiele. Potrivit caietului de sarcini, modernizarea parcului de vehicule de transport public va cuprinde măsuri de îmbunătăţire a condiţiilor de confort şi informare a călătorilor astfel: (i) poziţionarea rampei pentru accesul persoanelor cu dizabilităţi, (ii) aer condiţionat în salonul de călători şi la postul de conducere, (iii) iluminat salon călători în tehnologie LED, (iv) informare vizuală şi auditivă în tehnologie LED/LCD, (v) infotainment, (vi) supraveghere video, (vii) numărare călători etc.

Tramvaiele care urmează a fi livrate în cadrul contractului nu sunt standard, ci urmează a fi configurate în concret, în raport de cerinţele tehnice impuse de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, ceea ce, desigur, implică un interval de timp semnificativ mai mare pentru construcţie şi configurare; producţia şi configurarea tramvaielor, în maniera impusă prin documentaţia de atribuire, face, practic, imposibil de respectat, termenele de livrare şi omologare.

Aşa cum rezultă chiar din cerinţele impuse prin caietul de sarcini, enumerate exemplificativ la pag. 14 -15 din cuprinsul contestaţiei, întreaga configurare/utilare/echipare a tramvaielor cu elemente auxiliare este în detaliu reglementată, ceea ce implică un proces de reproiectare a unui tramvai standard, tocmai pentru ca tramvaiele livrate să corespundă tuturor specificaţiilor tehnice şi cerinţelor funcţionale impuse de către autoritatea contractantă. Or, raportat la multitudinea de cerinţe şi specificaţii tehnice impuse prin documentaţia de atribuire, termenele de livrare şi omologare, astfel cum au fost acestea modificate de către MUNICIPIUL ..... sunt în

continuare „extrem de scurte, nerealiste şi de natură a împiedica accesul efectiv la procedura de atribuire”.

Termenele de livrare şi omologare sunt extrem de scurte inclusiv în raport de cele impuse la nivel european. În acest sens, contestatorul face trimitere la Jurnalul Internaţional de Transport Feroviar, în care sunt publicate rapoarte ce conţin, printre altele, inclusiv perioade de livrare a tramvaielor la nivelul statelor Uniunii Europene şi nu numai. Din extrasele anexate contestaţiei (Anexele 3 - 9), rezultă că termenul uzual de livrare şi omologare solicitat în diverse state din Europa este de 2 - 3 ani şi nicidecum de 15 luni, aşa cum solicită, „în mod absolut nejustificat” MUNICIPIUL .....

Termenele de livrare şi omologare sunt extrem de scurte și de natură a conduce la anularea procedurii de atribuire, pentru nedepunerea niciunei oferte.

În concluzie, rezultă că termenul de livrare (12 luni) şi omologare (3 luni) este *„neuzual, nerealist şi are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate în privinţa a accesului liber la procedura de atribuire”*, impunându-se a fi extins la minim 2 ani pentru primul tramvai, astfel încât, primul tramvai să fie livrat într-un termen de 2 ani de la semnarea contractului şi omologat într-un termen de 1 an calculat de la data livrării.

În ceea ce privește caracterul disproporționat al cerinței privind experiența similară în raport de natura și complexitatea contractului, în replică față de susținerile autorității contractante prezentate în punctul de vedere exprimat, S.C. ..... S.A. precizează următoarele:

În primul rând, interesul S.C. ..... S.A. în a contesta această cerinţă există, acesta fiind subsumat principiului proporţionalităţii, reglementat la art. 2 alin. (2), lit. e) din Legea nr. 98/2016, pragul valoric impus fiind disproporţionat în raport cu valoarea şi complexitatea contractului ce se doreşte a fi atribuit în prezenta procedură de atribuire. Scopul cerinţei privind experienţa similară este acela de a asigura autoritatea contractantă că operatorii economici care depun ofertă în cadrul prezentei proceduri de achiziţie publică deţin experienţa necesară executării contractului la un standard de calitate corespunzător celui impus prin documentaţia de atribuire şi că au finalizat cel puţin un astfel de contract (similar din punct de vedere al valorii şi complexităţii).

În acest sens, S.C. ..... S.A. invocă dispozițiile art. 2 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, care prevede că : „Autoritatea/Entitatea contractantă stabileşte cerinţele minime de calificare şi selecţie precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporţionalităţii, cu scopul de a obţine o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerinţe au capacitatea şi experienţa necesară pentru a gestiona şi duce la bun sfârşit, în condiţiile de performanţă impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit." Formularea unei cerinţe privind experienţa similară într-un mod foarte permisiv şi disproporţionat în raport de valoarea contractului conduce, în mod automat, la situaţia în care o parte din ofertanţi se pot conforma cerinţelor solicitate de autoritatea contractantă prin fişa de date a achiziției, dar nu şi obiectului şi complexităţii contractului ce urmează a fi atribuit.

În al doilea rând, autoritatea contractantă a considerat că, raportat la obiectul şi complexitatea contractului având valoarea estimată de 845.687.394 lei, ar fi suficientă experienţa similară constând în livrarea de produse în valoare cumulată de 28.000.000 lei, în baza unuia sau mai multor contracte derulate în ultimii 3 ani. Cerinţa astfel impusă este în contrapondere cu cea privind termenele de livrare şi omologare, extrem de permisivă şi disproporţionată în raport de complexitatea contractului pentru atribuirea căruia a fost inițiată procedura de atribuire în cauză.

În acest context, S.C. ..... S.A. solicită înlocuirea pragului valoric minim de 28.000.000 lei, impus prin fișa de date a achiziției, referitor la cerința privind experiența similară, cu un prag superior care să reflecte, în concret, capacitatea operatorilor economici de a executa contractul de achiziție publică la standardele impuse prin documentația de atribuire.

Cu privire la cerința vizând temperatura minimă a mediului ambient, contestatorul o apreciază ca fiind restrictivă, menționând în acest sens următoarele:

Autoritatea contractantă a refuzat să dispună măsuri de remediere în legătură cu această cerinţă, invocând specificaţia tehnică SR EN 60721-2-1:2014, specificație care este elaborată, raportat la temperaturile înregistrate pe întreg teritoriul României, nefiind, deci un standard care să aibă în vedere condiţiile meteo concrete de la nivelul Municipiului ....., unde tramvaiele achiziționate prin prezenta procedură vor fi puse în circulaţie.

În realitate, în ultimii 30 de ani, temperaturile minime înregistrate la ..... nu au fost niciodată mai mici de -25°C, astfel că cerinţa privind mediul ambient (-33 grade Celsius), impusă la cap. 3, pag. ..... din caietul de sarcini este restrictivă şi disproporţionată. Practic, prin această cerinţă dificil de verificat (rezistenţa la o atare temperatură ar putea fi verificată doar într-un tunel climatic) se impune furnizorilor, în egală măsură supradimensionarea unor componente şi o proiectare specială a tramvaiului.

Practic, implementarea cerinţei privind rezistenţa la temperaturi -33ºC impune redimensionarea unei părţi importante a componentelor electrice a tramvaiului, fără însă a aduce vreun avantaj/beneficiu în plan practic privind exploatarea şi disponibilitatea tramvaiului.

Un argument suplimentar în sensul solicitării contestatorului este reprezentat de practica Ministerului Dezvoltării Regionale, care a lansat procedura de atribuire privind „Achiziţia a 51 de autobuze electrice cu lungimea de cca. 12m destinate transportului public urban de călători în relief predominant de şes", prin caietul de sarcini (pag. 14) fiind indicată o plajă de temperaturi cuprinsă între -25°C - +45°C.

În aceste condiții, S.C. ..... S.A. solicită modificarea valorii de la -33°C la -25°C, dat fiind că, în zona de sud a României, nu au fost înregistrate temperaturi negative mai mici de -25°c, în ultimii 30 de ani.

Referitor la cerința privind motorul electric de tracțiune asincron, contestatorul o consideră ca fiind restrictivă și nejustificată, invocând în acest sens următoarele aspecte:

Astfel, S.C. ..... S.A. arată că, la capitolul 42, pag. 38 din cuprinsul caietului de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut ca tramvaiul să funcționeze cu motor electric asincron, fără a oferi vreo explicație pentru preferința acestui tip de motor. De altfel, nici prin punctul de vedere exprimat,

autoritatea contractantă nu a furnizat vreo explicaţie, singurul argument fiind acela că dotarea tramvaielor cu un astfel de motor „este varianta care a dat rezultate optime în exploatare până în prezent".

În replică față de afirmațiile autorității contractante din punctul de vedere exprimat şi în susţinerea solicitării de a fi acceptate, inclusiv soluţii moderne de motorizare electrică, cum sunt motoarele electrice cu magneţi permanenţi, contestatorul a ataşat la dosarul cauzei o fişă tehnică a acestor tipuri de motoare cu magneţi permanenţi, arătând că:

- S.C. ..... S.A. utilizează şi montează de aproximativ 20 de ani motoare cu magneţi permanenţi, pe diferite tipuri de material rulant (trenuri pentru linii de mare viteză, trenuri regionale, trenuri de metrou, tramvaie), material rulant care respectă cerinţa privind durata de viaţă de 30 de ani; practic, mai mult de 3.500 de astfel de motoare au fost instalate pe produsele Alstom;
- Avantajele motoarelor cu magneţi permanenţi sunt următoarele: (i) randamentul lor ajunge până la 97%, (ii) au o eficienţă energetică superioară, cu 15% mai mare decât cea a motoarelor asincrone, (iii) au o masă mai redusă cu până la 40%, raportul putere /masă (KW/Kg) crescând până la 1,25, (iv) zgomotul produs este redus cu până la 4% faţă de motorul asincron, (v) mentenanţa lor este mai uşoară ca a celor asincrone şi cu timp mai redus, ceea ce conduce la o creştere a disponibilităţii materialului rulant;
- S.C. ..... S.A. deţine o serie de recomandări de la beneficiari, autorităţi publice străine (din Franţa şi Turcia), cărora le-a livrat tramvaie cu motoare cu magneţi permanenţi, din care rezultă faptul că aceştia au fost satisfăcuţi de performanţele operaţionale ale tramvaielor livrate.

Prin urmare, având în vedere scopul prezentei proceduri de achiziție publică, contestatorul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să accepte și soluții moderne de motorizare electrică, cum sunt motoarele electrice cu magneți permanenți.

În ceea ce privește cerința vizând boghiurile pivotante, contestatorul o apreciază ca fiind restrictivă și nejustificată, precizând în acest sens următoarele:

La capitolul 13 – „Boghiuri”, pag. 28 din caietul de sarcini este impus tipul boghiurilor, i.e. liber pivotante. În opinia contestatorului, această cerinţă este restrictivă şi nejustificată, de natură a limita accesul la procedura de atribuire, cu atât mai mult cu cât argumentele invocate de către Municipiul ..... în punctul de vedere exprimat, pentru menţinerea cerinţei, se raportează la boghiul purtător nepivotant care echipează tramvaiul Bucur LF.

De asemenea, acesta susține că fiecare fabricant are dezvoltat propriul său tip de boghiu, acesta nefiind neapărat pivotant, dar care asigură înscrierea corectă în curbă a tramvaiului în funcţie de soluţia constructivă dezvoltată. Impunerea unui anumit tip de boghiu prin caietul de sarcini nu poate fi justificată de către autoritatea contractantă din perspectiva obţinerii unui avantaj/a unei soluţii tehnice superioare etc. ci, dimpotrivă, ea nu poate fi justificată, reprezentând, în realitate, o cerinţă restrictivă.

În prezent, pe piaţa tramvaielor din întreaga lume şi, în special, pe cea din Europa (care reprezintă principala piaţă pentru tramvaiele cu podea coborâtă), cele mai multe vehicule sunt dotate cu boghiuri fixe şi cu configuraţii multi-articulate ale tramvaielor. Aceeaşi este situaţia, atât pentru liniile noi, cât şi pentru reţelele de tramvai existente, unde s-a procedat la reînnoirea flotei. Această abordare se întâlneşte în majoritatea oraşelor şi capitalelor europene, cum ar fi Amsterdam, Budapesta, Bruxelles, Berlin, Dublin, Madrid, Paris, Roma, unde au fost achiziţionate tramvaie noi în configuraţie multi-articulată.

Tramvaiele sunt alcătuite din mai multe tronsoane, legate între ele prin articulaţii (burdufuri), în situaţia în care sub fiecare modul este montat un boghiu, se poate vorbi despre o structură articulată, iar atunci când există atât module care sunt aşezate pe boghiuri, cât şi module suspendate (susţinute de două module aşezate pe boghiuri), se poate vorbi de structuri multi-articulate. Or, atâta vreme cât prin caietul de sarcini nu a fost impusă una dintre cele două soluţii, aceasta fiind lăsată la latitudinea fabricantului; prin urmare, nu există niciun motiv pentru impunerea unui anumit tip de boghiu.

Boghiurile pivotante au reprezentat standardul pentru tramvaiele mai vechi, cu podea ridicată şi trepte de acces în tramvai (aşa cum sunt în ..... tramvaiele tip V3A şi toate derivatele lor). În Germania, la momentul reînnoirii flotei cu tramvaie cu podea coborâtă pentru reţelele existente, sunt în funcţiune, fie tramvaie multi-articulate cu boghiuri fixe, fie tramvaie articulate cu boghiuri pivotante sau chiar ambele tipuri de tramvaie pe aceeaşi reţea.

În aceste condiţii, având în vedere că în prezenta procedură de achiziție publică nu este impusă arhitectura tramvaielor (i.e. numărul tronsoanelor articulate), ci numai un interval de dimensiuni privind lungimea şi cerinţe de gabarit impuse de reţeaua existentă şi capacitatea de transport solicitată, se impune ca autoritatea contractantă să permită constructorului să aleagă tipul de boghiu cu care urmează a echipa tramvaiul, cu condiţia, desigur, a respectării tuturor cerinţelor tehnice de calitate şi a performanţelor impuse prin documentaţia de atribuire.

Mai mult decât atât, din anunţuri similare publicate în Jurnalul Internaţional de Transport Feroviar nu rezultă că există impuneri constructive privind tipul de boghiu, impunerile fiind întotdeauna legate de capacitatea de transport şi timpul de implementare (care este, în toate cazurile, mai mare de 24 de luni).

Concluzionând, S.C. ..... S.A. solicită Consiliului să fie acceptate și alte tipuri de boghiuri nu numai cele pivotante, cu consecința remedierii documentației de atribuire, în considerarea dispozițiilor art. 156 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele prezentate mai sus, S.C. ..... S.A. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor admiterea contestației sale, astfel cum a fost formulată.

La data de 09.01....., în completarea punctului de vedere nr. DPA nr. 2130/1887/27.12....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53311/28.12....., autoritatea contractantă MUNICIPIUL ..... a depus la dosarul cauzei adresa nr. D.P.53/09.01.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 941/09.01.2019, denumită „Completare la punctul de vedere”, prin care reiterează aspectele invocate în punctul de vedere formulat inițial, solicitând următoarele:

soluționarea fondului cauzei cu celeritate și eliminarea deciziei de suspendare a procedurii de atribuire, solicitată de către S.C. ..... S.A., ca nefondată; respingerea ca nefondate a solicitărilor S.C. ..... S.A., pentru care autoritatea contractantă și-a menținut cerințele în documentația de atribuire; acceptarea măsurilor de remediere adoptate de către autoritatea contractantă, în urma solicitărilor S.C. ..... S.A., precum și eliminarea referirii la S.C. .....S.R.L., care, dintr-o eroare, a fost consemnată, la pagina 2, alineatul 2 din încheierea C.N.S.C. .....100/...../..... din data de 28.12.....

În urma studierii dosarului achiziției publice, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante 2130/1887/27.12....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 53311/28.12..... și față de notele scrise formulate de către S.C. ..... S.A., înregistrate la C.N.S.C. cu nr. 636/08.01.2019, la data de 10.01.2019, intervenientul S.C. ..... S.A. a transmis la dosarul cauzei adresa, înregistrată la C.N.S.C. cu .....237/11.01.2019, denumită „Concluzii scrise", prin care solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în temeiul art. 17 alin. (3) și ale art. 68 din Legea .....01/2016, coroborate cu cele ale art. 61, art. 62 și ale art. 63 din Codul procedură civilă să dispună în principal, cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală, formulată de către S.C. ..... S.A. și în subsidiar, cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată de către S.C. ..... S.A. și, ca urmare a încuviințări în principiu a cererii de intervenție, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de către S.C. ..... S.A., în ceea ce privește petitul d) din cuprinsul contestației („În legătură cu cerinţa de la Secţiunea III.3.a) din Fişa de date a achiziţiei: să înlocuiască pragul minim valoric de 28.000.000 lei, permisiv și lipsit de orice relevanţă, impus pentru experienţa similară, cu un prag superior, care să reflecte capacitatea efectivă a operatorilor economici de a executa un contract de achiziţie publică a cărui valoare (estimată la suma de 845.687.394 lei) și complexitate sunt mult superioare celei rezultate din experienţa astfel impusă participanţilor") şi, pe cale de consecinţă, admiterea cererii de intervenţie formulată de S.C. ..... S.A.

În ceea ce privește petitul d) din cuprinsul contestației, invocat anterior, intervenientul invocă lipsa de interes a S.C. ..... S.A. și, cu titlu preliminar, arată că, în susținerea contestației, S.C. ..... S.A. a depus o scrisoare de recomandare din data 14.05.2012 privind o atribuire din anul 2007 a furnizării de 30 de tramvaie, intrate în serviciu în perioada 2010-2011.

Scrisoarea în cauză vizează asocierea în participație „.....E" (societate din Franța) – „.....A.S." (Turcia).

În opinia intervenientului, indiferent de numele identic, această scrisoare nu este concludentă și nu justifică interesul contestatorului, nici prin prisma societăților care au participat la acea furnizare de servicii și nici ca perioadă (strategia de achiziție vizând perioada ultimilor 3 ani).

A doua anexă depusă de către S.C. ..... S.A. o reprezintă un certificat din data de 08.10.2014 privind livrarea de către S.C. ..... S.A., cu sediul în Franța, a 8 tramvaie (puse în funcțiune în septembrie 2014).

Conform susținerilor intervenientului nici acest certificat nu este concludent și nu justifică interesul contestatorului, întrucât furnizorul de servicii este tot compania din Franța, iar perioada furnizării este în afara celor 3 ani anteriori menționați în documentația de atribuire.

De asemenea, intervenientul susține că, în mod just, a reținut autoritatea contractantă în punctul de vedere exprimat că cerința contestată nu îi îngrădește S.C. ..... S.A. în niciun fel accesul la procedură.

Politica autorităţii contractante privind pragul minim valoric, atâta timp când nu restricţionează accesul unui potenţial furnizor (contestator) şi nu încalcă o normă legală expresă, nu poate face obiectul cenzurii la cererea acestuia, întrucât furnizorul nu poate dovedi un interes personal şi legitim.

În susținerea celor expuse anterior, restrângerea concurenţei prin restricţionarea participării la procedura de achiziţie publică, adică distorsionarea concurenţei şi discriminarea operatorilor economici interesaţi să participe direct la această procedură de atribuire invocă și prevederile Codului de procedură civilă, respectiv:

Art. 12 alin. (1) *„Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună -credinţă, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege şi fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părţi".*

Art. 32 alin. (1) *„Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia (...) d) justifică un interes”.*

Art. 33. *„Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual. (...)”.*

Cu privire la solicitarea contestatorului privind majorarea pragului valoric, intervenientul o consideră ca fiind nefondată, în condițiile în care numărul tramvaielor fabricate în ultimii ani sau cifra de afaceri nu redau capacitatea de fabricație a unei societăți, ci arată doar cât au produs aceste societăți, iar nu și cât pot produce acestea în mod efectiv pentru procedura de achiziție publică în cauză.

Prezentarea unei cifre de afaceri a unei multinaţionale, atâta timp cât aceasta nu participă efectiv cu nimic altceva în afară de respectivele cifre, denaturează realitatea şi viciază competiţia.

Acceptarea raţionamentului S.C. ..... S.A., potrivit căruia modalitatea de formulare de către autoritatea contractantă a cerinţei privind experienţa similară ar fi făcută într-un mod foarte permisiv şi disproporţionat în raport de valoarea contractului este, în opinia intervenientului, „nelegală şi ilogică”.

Aceasta întrucât, în primul rând, cerinţa trebuie să fie legală, adică să respecte principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 31 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă are dreptul (n.n. dar nu şi obligaţia!) de a impune ca cerinţă minimă de calificare, în raport cu situaţia economică si financiară a ofertanţilor/candidaţilor, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului".*

În cazul prezentei proceduri de achiziție publică nu există un eventual risc de neîndeplinire a contractului de către ofertanţii care ar demonstra îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară, aşa cum a fost aceasta formulată de autoritatea contractantă.

Referitor la graficul de livrare propus, intervenientul precizează că pragul impus de către autoritatea contractantă este suficient, inclusiv pentru respectarea scopului invocat de către contestator, respectiv „capacitatea efectivă a operatorilor de a executa contractul”.

Chiar dacă contractul are ca obiect 100 de tramvaie şi, implicit, o valoare estimată totală foarte mare, contractul nu presupune că toate aceste tramvaie trebuie fabricate pe stoc şi livrate toate odată.

Numărul total de tramvaie este irelevant, întrucât se solicită, începând cu anul 2 de contract, livrarea a maximum 4 tramvaie pe lună, iar după livrarea a 8-10 tramvaie, fabricaţia se autofinanţează.

Singurul element relevant este capacitatea efectivă de a construi tramvaiul solicitat, cu îndeplinirea tuturor cerinţelor din documentaţia de atribuire.

Solicitarea S.C. ..... S.A. ar avea ca efect evident restrângerea concurenţei, prin restricţionarea participării la procedura de achiziţie publică, adică distorsionarea concurenţei şi discriminarea operatorilor economici interesaţi să participe direct la această procedură de atribuire.

Față de cele prezentate mai sus, S.C. ..... S.A. solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor admiterea cererii sale de intervenție, astfel cum a fost formulată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, MUNICIPIUL ..... (.....) a iniţiat o procedură de licitaţie deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „Achiziţionarea a 100 de tramvaie”, cod CPV 34622100-4 Vagoane de tramvai (Rev.2), prin publicarea în S.I.C.A.P. a anunţului de participare nr. ...../.....

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 845.687.394 lei, fără TVA.

Împotriva documentației de atribuire publicată în S.I.C.A.P., S.C. ..... S.A. a formulat prezenta contestație.

Prin Încheierea ..... /...../...../28.12....., C.N.S.C. a admis cererea de suspendare a procedurii, formulată de S.C. ..... S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL ..... (.....) și a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei.

Preliminar, Consiliul are în vedere faptul că, după depunerea contestației de către S.C. ..... S.A., a depus cerere de intervenție S.C. ..... S.A., solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenţie formulată de S.C. ..... S.A., având în vedere faptul că acest operator economic este interesat de participarea la prezenta procedură de achiziție publică, participare condiționată de menținerea cerinței impuse de autoritatea contractantă pentru experiența similară, a cărei modificare este solicitată de contestatorul S.C. ..... S.A., Consiliul o va admite în principiu şi, în condiţiile în care intervenţia vizează modul în care a fost întocmită documentaţia de atribuire de către MUNICIPIUL ..... (.....), o califică drept cerere de intervenţie în interesul autorităţii contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Analizând contestația formulată de S.C. ..... S.A., Consiliul constată că aceasta vizează conținutul documentației de atribuire, fiind formulate critici cu privire la următoarele aspecte:

1. Termenele până la care se pot solicita clarificări/de transmitere a răspunsurilor de către autoritatea contractantă;
2. Termenele de livrare impuse prin graficul de livrare tramvaie;
3. Caracterul disproporționat al cerinței privind experiența similară în raport cu natura și complexitatea contractului;
4. Cerința privind temperatura minimă a mediului este restrictivă;
5. Cerința privind motorul electric de tracțiune asincron este restrictivă și nejustificată;
6. Cerința privind lățimea minimă a culoarului de trecere de 600 mm este restrictivă și nejustificată;
7. Cerința privind boghiurile pivotante este restrictivă și nejustificată.

Procedând la soluționarea criticilor formulate de S.C. ..... S.A., Consiliul are în vedere că, în data de 28.12....., autoritatea contractantă a postat în SEAP documentul intitulat „Remedieri efectuate de către autoritatea contractantă ca urmare a contestației unui operator economic în temeiul art. 9 din Legea .....01/2016", înregistrată cu nr. 2130/1887/27.12....., astfel că se va raporta la măsurile de remediere adoptate de MUNICIPIUL ..... (.....) și aduse la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de achiziție publică.

1. Astfel, în ceea ce privește soluționarea criticilor referitoare la termenele până la care se pot solicita clarificări/de transmitere a răspunsurilor de către autoritatea contractantă, prevăzute la punctul II.1.4 „Descrierea succinta a contractului sau a achiziţiei/achiziţiilor" din fișa de date a achiziției, unde se precizează că „Numărul de zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor este 45 zile, iar autoritatea contractantă răspunde tuturor solicitărilor înainte cu 28 zile față de data limită de depunere a ofertelor", Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a adoptat următoarele măsuri de remediere:

„Autoritatea contractantă, prin măsuri de remediere, va prelungi data limită de depunere a ofertelor până pe data de 15.03.2019. Conform prevederilor legale se acceptă în cadrul măsurilor de remediere 2 sesiuni de clarificări pentru care termenele vor fi stabilite astfel încât să respecte termenele necesare pentru controlul ANAP ex-ante conform Decizie ANAP .....0006/12.12....., respectiv permite adresarea clarificărilor de către ofertanți până cu 35 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, în prima sesiune și cu până la 25 de zile înainte de data limită de depunere a ofertelor, pentru a doua sesiune.

Autoritatea contractantă răspunde solicitărilor de clarificare, cu un termen de 15 zile față de data limită de depunere a ofertelor".

De asemenea, Consiliul reține că asupra măsurilor de remediere referitoare la termenele până la care se pot solicita clarificări/de transmitere a răspunsurilor de către autoritatea contractantă, S.C. ..... S.A. s-a pronunțat în cuprinsul documentului intitulat „Note scrise", înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 636/08.01.2019, precizând că „nu se impun măsuri suplimentare de remediere".

Într-o atare situație, constatând că prin măsurile de remediere adoptate autoritatea contractantă a modificat termenele până la care se pot formula solicitări de clarificare a documentației de atribuire și de transmitere a răspunsurilor la aceste solicitări, Consiliul respinge criticile formulate de S.C. ..... S.A. sub acest aspect, ca fiind rămase fără obiect.

2. În ceea ce privește criticile referitoare la termenele de livrare impuse prin graficul de livrare tramvaie, Consiliul are în vedere că prin contestația formulată, contestatorul S.C. ..... S.A. a invocat faptul că termenul de livrare a primului tramvai în 9 luni de la semnarea contractului și cel de omologare a acestuia în 3 luni de la livrare sunt extrem de reduse și de natură a restricționa

participarea la procedura de achiziție publică, fapt ce poate conduce la anularea acesteia pentru nedepunerea niciunei oferte.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere cu privire la termenele de livrare a tramvaielor, în cuprinsul adresei nr. 2130/1887/27.12....., postată în SEAP în data de 28.12....., precizând că „În legătură cu această solicitare, autoritatea contractantă modifică termenul de livrare al tramvaiului cap de serie de la 9 luni la 12 luni, păstrându-se termenul de omologare de 3 luni la AFER. Rezultă că prin măsuri de remediere autoritatea contractantă modifică corespunzător următoarele:

- *se modifică termenul de livrare pentru cap de serie de la 9 luni la 12 luni;*
- *termenul de livrare pentru tramvaiul cap de serie omologat AFER este de 15 luni de la semnarea contractului;*
- *termenele de livrare din graficul de livrare, anexa la draftul de contract, se modifică astfel:*

Anul 1 – fără livrare;
Anul 2 – 1 tramvai cap de serie omologat plus 36 de tramvaie
Total anul 2 – 37 de tramvaie
Anul 3 – 48 de tramvaie
Anul 4 – 15 tramvaie”, fiind modificat, în mod corespunzător, și graficul de livrare tramvaie prezentat inițial în cuprinsul documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul reține că, referitor la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă sub acest aspect, în cuprinsul adresei nr. 636/08.01.2019, S.C. ..... S.A. a precizat că „În legătură cu această cerință, se impun în continuare măsuri de remediere, termenul de livrare și omologare fiind în continuare restrictiv raportat la cerințele și specificațiile impuse prin caietul de sarcini. În concret, solicităm ca livrarea tramvaiului cap de serie să fie realizată în termen de 2 ani de la semnarea contractului și omologarea să fie realizată într-un termen de 1 an față de momentul livrării”.

În soluționare, Consiliul are în vedere că graficul de livrare a tramvaielor este anexă la contractul de achiziție publică ce urmează a fi încheiat, precum și faptul că, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016, contractul de achiziție publică este definit ca fiind contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ.

De asemenea, este avut în vedere faptul că prin contractul administrativ administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, astfel că se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, ceea ce dă administrației posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun şi care consacră puteri sporite în favoarea entităţii publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Acestea sunt de obicei prevăzute în caietul de sarcini, precum şi în actul normativ care reglementează respectivul contract (de

exemplu dreptul de denunţare unilaterala a contractului de concesiune a bunurilor proprietate publică de către entitatea publică contractantă atunci când interesul public o cere, în condiţiile OUG nr. 54/2006, clauză care prevede dreptul de control al entităţii publice, clauza care prevede dreptul administraţiei de a modifica unilateral partea reglementară a contractului etc.).

Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice. Nimic nu oprește contestatorul să nu participe la licitația în curs dacă nu dorește să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se încadrează și contractele de achiziție publică, în condițiile în care la art. 8 alin. (3) din același act normativ este prevăzut că la soluționarea litigiilor care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Prin urmare, în ceea ce privește termenele de livrare a tramvaielor stabilite de autoritatea contractantă în cadrul graficului de livrare şi modificate prin adresa nr. 2130/1887/27.12....., postată în SEAP în data de 28.12....., Consiliul are în vedere că în măsura în care interesul public nu este satisfăcut decât în condițiile în care autoritatea contractantă achiziționează cele 100 de tramvaie ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, în termene de livrare stabilite, orice întârziere conduce la nerealizarea planului de transport, nerealizarea numărului de călători transportați, crearea de aglomerație și disconfort a călătorilor, creșterea nejustificată a gradului de uzură a parcului existent, în cuprinsul strategiei de contractare .....239.1/03.12..... ce se regăsește în cadrul dosarului achiziției fiind făcute precizări inclusive în referire la liniile pe care vor fi repartizate tramvaiele achiziționate în urma finalizării prezentei proceduri de atribuire.

Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare precizările făcute de autoritatea contractantă în cuprinsul „Strategiei de contractare” .....239.1/03.12..... unde, la fila 9, se menționează că „a fost publicat în SICAP un anunț de consultare a pieței având drept scop prospectarea pieței cu privire la:

- *determinarea valorii estimate de achiziţie a 100 de tramvaie, precum și*
- *estimarea graficului de livrare a celor 100 de tramvaie, cu specificarea numărului de tramvaie ce pot fi livrate lunar, fără a depăși termenul limită menționat în anunț, respectiv iunie 2023.*

Odată cu anunțul de consultare a fost publicată și fișa tehnică cu specificațiile tehnice minime solicitate de autoritatea contractantă.

În urma publicării în SICAP a anunțului, s-a primit un singur răspuns privitor la elementele supuse consultării, astfel, singurul operator economic, respectiv Stadler Rail, și-a exprimat interesul pentru această procedură de achiziție, furnizând următoarele date:

- *valoarea estimată a achiziției unui tramvai = 2,55 – 2,75 mil. euro;*
- *graficul de livrare propus: 2-3 tramvaie pe lună, între 24-36 tramvaie pe an, cu posibilitatea să crească cadența dacă este necesar*”.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere că, prin măsurile de remediere adoptate, autoritatea contractantă a prevăzut că livrarea primului tramvai se va realiza în luna a treia a anului 2, după care, în decursul executării contractului, vor fi livrate câte 4 tramvaie pe lună, aspecte asupra cărora contestatorul nu a formulat critici concrete.

Prin urmare, Consiliul constată că la stabilirea graficului de livrare, autoritatea contractantă a avut în vedere rezultatele obținute ca urmare a publicării anunțului de consultare a pieței, iar măsurile de remediere au fost adoptate tocmai cu intenția de a asigura o participare cât mai numeroasă la prezenta procedură de atribuire, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de contestator sub acest aspect.

3. Cu privire la criticile prin care se reclamă caracterul disproporționat al cerinței privind experiența similară în raport cu natura și complexitatea contractului, respectiv faptul că aceasta este permisivă, Consiliul va analiza cu prioritate invocarea de către intervenientul S.C. ..... S.A., în cuprinsul cererii de intervenție nr. ...../07.01....., a excepției lipsei de interes a S.C. ..... S.A. în formularea acestor critici, motivat de faptul că acest operator economic nu este fabricant de material rulant, ci a încheiat doar contracte privind mentenanța, respectiv care se referă la modernizări de cale ferată.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alţi operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terţ susţinător, în condiţiile prevăzute de prezenta lege” și constată că, deși nu este fabricant de material rulant, S.C. ..... S.A. are capacitatea de a critica prevederile documentației de atribuire, în condițiile în care poate participa la prezenta procedură de atribuire individual ori în asociere cu alţi operatori economici, astfel că are interes față de procedura în cauză.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere că nu este relevant argumentul invocat de intervenient legat de faptul că S.C. ..... S.A. nu este fabricant de material rulant, întrucât, așa cum este precizat în cuprinsul anunțului de participare nr. ...../..... și a fișei de date a achiziției, obiectul contractului ce va fi încheiat ca urmare a finalizării prezentei proceduri de achiziție publică este de furnizare de tramvaie, nefiind obligatoriu ca participanţii la procedură să fie şi producătorii produselor furnizate, motiv pentru care respinge, ca nefondată, excepția invocată de S.C. ..... S.A.

Procedând la soluționarea criticii formulată de S.C. ..... S.A. ce vizează cerința privind experiența similară, Consiliul are în vedere că la punctul III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției este prevăzut că „Ofertantul va prezenta lista principalelor livrări de produse efectuate în ultimii 3 ani, raportați la termenul limită pentru depunerea ofertelor, din care să rezulte că a livrat/furnizat produse similare cu cele care fac obiectul achiziției, la nivelul unuia sau mai multor contracte în valoare cumulată de minim 28.000.000 lei, cu indicarea datelor şi a beneficiarilor publici sau private” și constată că sunt incidente prevederile art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanţă în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporţionate în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit", invocate și de contestator în cuprinsul contestației.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de calificare care să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurenţa între operatorii economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică, respectiv nediscriminarea şi tratamentul egal, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Or, raportat la acest aspect, Consiliul constată că, prin impunerea acestei cerințe de calificare, autoritatea contractantă urmărește să se asigure că la procedura de atribuire în discuție vor participa ofertanți care au capacitatea de a construi tramvaie sau produse similare acestora, iar prin stabilirea unui prag minim valoric pentru livrările de produse efectuate în ultimii 3 ani, autoritatea contractantă dă posibilitatea unui număr mai mare de operatori economici să participe la procedura de atribuire, în vederea asigurării concurenței între ofertanți.

De altfel, Consiliul are în vedere că în cuprinsul „Strategiei de contractare" .....239.1/03.12....., la fila 14, la justificarea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă menționează că „a solicitat cerința în conformitate cu art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 (...) în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență", respectiv „a stabilit cerința în corelare cu principiul proporționalității , cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivei cerințe au capacitatea și experiența necesară în domeniul obiectului contractului pentru a gestiona, în condiții de performanță, contractul de achiziție ce urmează a fi atribuit.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile intervenientului S.C. ..... S.A. care, ca răspuns la afirmația contestatorului că „valoarea solicitată pentru experiența similară are un raport de doar 3.31% din valoarea estimată a contractului, remarcându-se o disproporție clară și evidentă a valorii solicitate pentru experiența similară în raport cu valoarea estimată a contractului", precizează în cuprinsul cererii de intervenție nr. ...../07.01..... că „numărul de tramvaie fabricate în ultimii ani sau cifra de afaceri nu redau capacitatea de producție a unei societăți, ci arată doar cât au produs aceste societăți, iar nu și cât pot produce acestea în mod efectiv".

Astfel, Consiliul constată că tocmai stabilirea unei valori mai mari pentru livrările de produse efectuate în ultimii 3 ani ar avea ca efect restrângerea concurenței prin restricționarea participării la procedură a operatorilor economici care, deși au capacitatea de a construi tramvaie la nivelul de calitate solicitat, nu au livrat produse similare celor din prezenta procedură care, însumat, să reprezinte valori foarte mari.

În acest sens sunt reținute ca relevante în soluționare precizările intervenientului S.C. ..... S.A. care, în cuprinsul cererii de intervenție nr. ...../07.01..... arată următoarele: „complexitatea contractului nu este dată de numărul de tramvaie ce fac obiectul acestuia, ci de caracteristicile tehnice și funcționale ale tramvaielor. (...) Tocmai din acest motiv, important pentru autoritatea contractantă este să aibă certitudinea că ofertanții participanți la procedură au capacitatea de a construi tramvaiul solicitat de aceasta, care să îndeplinească întocmai toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire. Aceasta întrucât, odată omologat prototipul (primul produs), operatorul economic urmează să execute și restul de produse din respectiva serie".

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul nefondat al criticior formulate de S.C. ..... S.A. cu privire la cerința referitoare la experiența similară, motiv pentru care le respinge în consecință.

4. În ceea ce privește cerința privind temperatura minimă a mediului impusă de autoritatea contractantă, Consiliul reține că la punctul 3 „Cerințe privind mediul ambiant” din caietul de sarcini este precizat „Domeniul temperaturilor de utilizare: -33 ...+50ºC”.

Raportat la acest aspect, Consiliul reține ca fiind relevante în soluționare susținerile autorității contractante, exprimate în cuprinsul punctului de vedere nr. 53311/28.12..... potrivit cărora „cerința privind temperatura minimă este justificată de o serie de standarde pe care mijloacele de transport afectate transportului în comun trebuie să le îndeplinească.

De altfel, aceste cerințe sunt impuse la toate vehiculele noi de transport public, care au fost și vor fi achiziționate în perioada următoare și reflectă condițiile meteo existente în Municipiul ..... tinând cont că acestea se regăsesc în prevederile SR EN 60721-2-1:2014, respectiv climat temperat rece, temperatura de -33ºC. Sistemul de exploatare al tramvaielor în Municipiul ..... este realizat prin parcarea tramvaielor în aer liber în zonele de parcare special destinate din interiorul depourilor. datorită acestui fapt tramvaiele parcate sunt supuse în mod direct condițiilor meteorologice existente”.

De asemenea, Consiliul are în vedere prevederile SR EN 60721-2-1:2014 – Clasificarea condițiilor de mediu, unde este menționată o temperatură minimă de -33ºC.

În ceea ce privește temperatura de - 25ºC, solicitată de S.C. ..... S.A. a fi prevăzută în cadrul capitolului „Cerințe privind mediul ambiant” din caietul de sarcini, Consiliul are în vedere că deși contestatorul afirmă că „în zona de sud a României nu au fost înregistrate temperaturi negative mai mici de - 25ºC”, n a prezentat probe concrete (istoric al buletinelor meteo, statistici, etc.) în acest sens.

Într-o atare situație, Consiliul constată că, în mod întemeiat, autoritatea contractantă a prevăzut că tramvaiele ce urmează a fi livrate trebuie să funcționeze la o temperatură minimă pentru mediul ambiant de -33ºC, astfel că solicitarea S.C. ..... S.A. de modificare a temperaturii minime de la -33ºC la -25ºC apare ca fiind nefondată, motiv pentru care va fi respinsă în consecință.

5. Cu privire la criticile referitoare la faptul că cerința privind motorul electric de tracțiune asincron este restrictivă și nejustificată, Consiliul reține că în cuprinsul caietului de sarcini, la punctul 42 „Motorul electric de tracțiune” se precizează că „Motoarele de tracțiune asincrone trifazate cu rotor în scurt circuit vor fi alimentate cu invertoare cu IGBT”.

Raportat la cerința din caietul de sarcini anterior prezentată, Consiliul are în vedere argumentele aduse de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. 53311/28.12..... potrivit cărora „Dotarea tramvaielor cu motoare de tracțiune asincron cu rotor în scurtcircuit și bobinajul statorului făcut din bobine cu miez magnetic făcut din tole este varianta care a dat rezultate optime în exploatare până în prezent.

Utilizarea de magneți permanenți în construcția motorului de tracțiune duce la necesitatea înlocuirii motoarelor datorită pierderilor caracteristicilor magneților având în vedere regimul greu de exploatare care poate duce la supraîncălzire, pe perioade scurte, a motoarelor.

Ținând cont și de faptul că durata de viață a tramvaiului, solicitată prin caietul de sarcini, este de 30 de ani, aceste motoare trebuie să-și păstreze caracteristicile pe toată durata de viață a tramvaielor”.

Astfel, Consiliul reține ca fiind incidente prevederile art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016, unde sunt definite pecificaţiile tehnice, precum și cele ale art. 22 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora *„Caietul de sarcini*

conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în aşa manieră încât să corespundă necesităţii entităţii contractante" și constată că nevoile autorității contractante, sub acest aspect, sunt reprezentate de păstrarea caracteristicilor motoarelor pe întreaga durată de viață, respectiv 30 de ani, solicitând ca tramvaiele ofertate să fie dotate cu motoare electrice de tracțiune asincrone, în timp ce contestatorul dorește să impună un alt tip de motor.

În soluționare, este reținut că argumentele contestatorului sunt reprezentate de faptul că motoarele cu magneți permanenți reprezintă soluții moderne, respectiv fiind o evoluție în dezvoltarea mașinilor electrice deoarece oferă performanțe electrice superioare la aceeași masă a motorului și la același consum de energie electrică, fără a face referiri la păstrarea caracteristicilor tehnice ale motoarelor pe întreaga durată de viață.

Într-o atare situație, Consiliul are în vedere că pentru a demonstra că specificații tehnice ale motoarelor electrice cu care vor fi dotate tramvaiele sunt restrictive și nejustificate, se impunea ca S.C. ..... S.A. să prezinte argumente tehnice concrete şi obiective, raportat la cele date de autoritatea contractantă care a subliniat nevoia acestei specificații raportat la aspecte de ordin funcțional și tehnic, nu doar să afirme că motoarele cu magneți permanenți reprezintă soluții moderne.

Or, explicaţiile oferite de contestator nu fac dovada că modificarea cerinţelor tehnice, respectiv acceptarea și a motoarelor cu magneți permanenți, permite achiziţionarea unor produse care satisfac necesităţile autorităţii contractante, ci se limitează la a solicita aceste modificări doar pentru ca produsele, pe care intenţionează să le ofere, să fie conforme din acest punct de vedere, astfel că o modificare în sensul dorit de acest operator economic ar profita doar tramvaielor ofertate de S.C. ..... S.A. nu şi autorităţii contractante, respectiv şi a celorlalţi operatori economici interesaţi de participarea la procedura de atribuire.

Faţă de cele de mai sus, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor aduse caracterului nelegal al specificaţiei tehnice sub aspectul criticat.

6. În ceea ce privește criticile referitoare la cerința privind lățimea minimă a culoarului de trecere de 600 mm, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere cu privire la acest aspect în cuprinsul adresei nr. 2130/1887/27.12....., postată în SEAP în data de 28.12....., unde a precizat că „autoritatea contractantă acceptă modificarea cerinței privind lățimea culoarului de trecere de la 600 mm la 500 mm", iar prin adresa intitulată „Note scrise", înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 636/08.01....., S.C. ..... S.A. a menționat că „în legătură cu această cerință nu se impun alte măsuri de remediere".

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere în sensul solicitat de contestator, motiv pentru care respinge, ca rămasă fără obiect, critica referitoare la lățimea minimă a culoarului de trecere.

7. Cu privire la criticile referitoare la cerința ce vizează boghiurile pivotante, Consiliul reține că, la punctul 13 „Boghiuri" din caietul de sarcini este prevăzut „Tipul boghiurilor: liber pivotante, cu osii sau cu osii false".

Consiliul reține că, prin contestația formulată, S.C. ..... S.A. susține că această cerință este restrictivă și nejustificată, motivat de faptul că fiecare fabricant are dezvoltat propriul său tip de

boghiu, care nu este întotdeauna pivotant, apreciind că autoritatea contractantă nu a justificat obținerea vreunui avantaj/soluție tehnică superioară prin impunerea unui anumit tip de boghiu.

Raportat la acest aspect, Consiliul are în vedere susținerile autorității contractante, exprimate în cuprinsul punctului de vedere nr. 53311/28.12..... potrivit cărora „această soluție este considerată ca fiind superioară din punct de vedere tehnic față de soluția propusă de contestator, verificată în timp pe infrastructura existentă în Municipiul .....

Tramvaiul Bucur LF ce a fost proiectat și fabricat în Municipiul ..... de către STB S.A. în uzina proprie are în alcătuire un boghiu purtător fix care are mari probleme în exploatare datorită înscrierii dificile în curbă. În acest sens se arată că se produc defecțiuni la lagărele roților boghiurilor, se uzează profilul de rulare al roților și se uzează șinele de rulare pe liniile pe care circulă aceste tipuri de tramvaie. (...) Soluția tehnică cu boghiuri pivotante elimină transferul forțelor rezultate din contactul roată – șină de la nivelul boghiului la nivelul caroseriei, prin asigurarea rotirii libere a boghiului față de caroserie (...)".

Consiliul constată că deși contestatorul a luat cunoștință despre modul în care autoritatea contractantă justifică impunerea acestei specificații tehnice, punctul de vedere fiindu-i transmis prin e-mail, prin documentul „Note scrise", S.C. ..... S.A. precizează că „În legătură cu această cerință se impun măsuri de remediere constând în acceptarea inclusiv a altor tipuri de boghiuri, nu numai a celor liber pivotante, cerința în versiunea actuală fiind restrictivă și nejustificată", fără a prezenta argumente concrete în sprijinul acestei afirmații.

Astfel, pe de o parte, Consiliul constată că autoritatea contractantă a justificat motivul pentru care a impus această specificație tehnică în cuprinsul caietului de sarcini, subliniind nevoia acestei specificații raportat la aspecte de ordin funcțional și tehnic, iar, pe de altă parte, constată faptul că modificarea solicitată de S.C. ..... S.A. nu este argumentată, în condițiile în care existența mai multor tipuri de boghiuri este de natură să profite doar operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire care pot oferta alte tipuri de boghiuri, ce nu ar satisface nevoile autorității contractante.

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de contestator cu privire la tipul de boghiuri solicitat de autoritatea contractantă, motiv pentru care le va respinge, ca nefondate.

Acestea fiind, constatând că unele dintre criticile formulate de contestator au rămas fără obiect ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă iae celelalte au fost declarate nefondate, în temeiul art. 26 alin. (.....) din Legea .....01/2016, modificată, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ..... S.A., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ..... (.....).

Pe cale de consecință, având în vedere soluția adoptată, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de S.C. ..... S.A.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul în ....., Str....., nr....., etaj ..... sector ....., cod poștal....., în contradictoriu cu MUNICIPIUL ..... (.....), cu sediul în ....., B-dul....., nr....., ..., cod poștal....., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către S.C. ..... S.A., cu sediul social în ....., ..., ..., judeţul ..... și cu sediul ales pentru comunicarea de procedură la ....., situată în ....., ..., ..., ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	.....	.....

Redactat în ..... (cinci) exemplare originale, conține 38 (treizecișiopt) pagini.