



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / ... / ...

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr./13.04.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Biroul Național pentru Comerț și Industrie sub nr., și la Oficiul Fiscal având cod unic de identificare (...), reprezentată convențional prin, cu sediul procesual ales în, ..., ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, cod CPV 34620000-9-Material rulant (Rev.2), s-a solicitat eliminarea factorului de evaluare „Validare tehnică” cuprins în cadrul secțiunii II.2.5 – Criterii de atribuire din fișa de date a achiziției, respectiv în cadrul secțiunii II.2.5 – Criterii de atribuire din anunțul de participare nr. ..., publicat în SEAP la data de 03.04.2020, cu consecința anulării parțiale corespunzătoare a secțiunii II.2.5 din FDA și din anunțul de participare și a remedierii documentației prin redistribuirea celor 10 puncte aferente către ceilalți factori de evaluare; reducerea proporției factorului de evaluare „validare tehnică” cuprins în cadrul secțiunii II.2.5 – criterii de atribuire din fișa de date a achiziției, respectiv în cadrul secțiunii II.2.5 – criterii de atribuire din anunțul de participare nr. ..., publicat în SEAP la data de 03.04.2020, de la 10 puncte la 3 puncte, cu consecința anulării parțiale

corespondente a secțiunii II.2.5 din FDA și din anunțul de participare și a remedierii documentației prin redistribuirea celor 7 puncte aferente către ceilalți factori de evaluare; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație.

....., cu sediul în, ..., ..., ..., înmatriculată în sub numărul CN, având codul fiscal IT, reprezentată legal prin dl. în calitate de împuternicit și convențional prin, cu sediul profesional în, ..., unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură, a formulat cerere de intervenție, înregistrată la Consiliu cu nr. /22.04.2020, prin care a solicitat respingerea contestației și menținerea documentației de atribuire în forma în care aceasta a fost publicată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ...a criticat documentația de atribuire prin prisma factorului de evaluare cuprins în secțiunea II.2.5 a fișei de date și a anunțului de participare, respectiv: *„validare tehnică – 10%. Punctaj maxim factor:10. Algoritm de calcul: Un număr de 10 puncte va fi acordat pentru oferta ce conține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate – ERA. În caz contrar nu se va acorda niciun punct”*.

Invocând Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26.02.2014, art. 187 alin. (4)-(5), art. 189 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 32 alin. (3) și (8) din HG nr. 395/2016, contestatoarea consideră că factorul de evaluare contestat este nelegal, întrucât nu aduce niciun avantaj real, concret în executarea contractului de furnizare, are un rol de restricționare a concurenței, prin realizarea unei discriminări lipsite de temei între ramele deja omologate și cele în curs de omologare și transformă o cerință a documentației de atribuire, cu privire la momentul primei livrări, într-un factor de evaluare.

Prin trimitere la cerințele caietului de sarcini care demonstrează necesitatea existenței omologărilor conform standardelor Uniunii Europene la data livrării primei rame electrice RE-IR, societatea contestatoare arată că factorul *„validare tehnică”* nu prezintă niciun avantaj real pentru autoritatea contractantă, fiind vorba despre o

distincție pur formală, care constituie un obstacol în calea liberei concurențe.

... consideră că, la momentul execuției contractului, autoritatea contractantă va beneficia de rame electrice ce dețin omologare UE, respectiv autorizație de punere în funcțiune pe rețeaua feroviară din Uniunea Europeană, respectiv din România.

Astfel, faptul că la momentul ofertării un participant deține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea europeană, în opinia contestatoarei, nu poate prezenta un avantaj real și concret pentru autoritatea contractantă. La momentul livrării, rama electrică trebuie însoțită de documentația de omologare UE și de autorizația de introducere de punere în funcțiune suplimentară care permite circulația în România.

Contestatoarea consideră că discriminarea realizată de factorul de evaluare între ofertanții care au o ramă deja pusă în funcțiune în Uniunea Europeană și ofertanții a căror ramă este în curs de omologare în Uniunea Europeană este, în primul rând, lipsită de orice temei, nu există un avantaj obiectiv, real și concret, al favorizării primei categorii de ofertanți.

Un astfel de factor de evaluare intră sub incidența interdicției prevăzute la art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

O unitate RE-IR care circulă acum pe o rețea europeană nu deține niciun avantaj calitativ, de niciun fel, față de o unitate RE-IR care se află în curs de autorizare pentru Uniunea Europeană. Această discriminare între două categorii de vehicule nu aduce o realizare de o calitate superioară a obiectului contractului, nicio execuție superioară a acestuia, niciun avantaj tehnic în execuție, în sensul art. 187 alin. (5) al Legii nr. 98/2016.

Societatea contestatoare consideră că factorul de evaluare este unul arbitrar, care descurajează concurența reală între operatorii economici, atrăgând incidența normei de interdicție din art. 189 alin. (2) al Legii nr. 98/2016.

Menționând jurisprudența Consiliului, contestatoarea susține că autoritatea contractantă distorsionează concurența, favorizând anumiți operatori economici în lipsa oricărui beneficiu pentru contractul oferat.

Totodată, nelegalitatea actului atacat rezultă din faptul că o cerință a caietului de sarcini, existența omologării la momentul livrării primei unități, a fost ridicată la nivel de factor de evaluare, în condițiile în care documentația de atribuire a impus necesitatea existenței omologărilor conform standardelor Uniunii Europene la data livrării primei rame electrice RE—IR.

Caracterul disproporționat al factorului de evaluare „*validare tehnică*” a actului rezultă din faptul că autoritatea contractantă a impus un alt factor de evaluare reprezentat de „*programul de livrare*”, în cadrul căruia se punctează „*livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune cu călători, pe rețeaua CFR în termen de 20 de luni de la*

data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 1,5 puncte din scorul total”.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înregistrări.

În drept, sunt invocate prevederile art. 8, 10, 11 din Legea nr. 101/2016 și cele la care s-a făcut trimitere pe parcursul contestației.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr./22.04.2020, ... solicită respingerea contestației și menținerea documentației de atribuire în forma în care aceasta a fost publicată, considerând că societatea contestatoare tinde la eliminarea unui criteriu de atribuire esențial, respectiv posibilitatea de a pune în circulație rama ofertată pe o rețea europeană. Astfel, sub pretextul unei pretinse restricționări a concurenței, se încearcă eliminarea aceluși criteriu, pe care contestatoarea nu îl îndeplinește.

..... arată că societatea sa deține această omologare. Interesul său direct, personal, născut și actual este acela de a menține actualele cerințe care, față de natura și obiectul contractului în curs de atribuire, sunt singurele de natură a permite verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți și aduc autorității contractante un beneficiu real și concret în executarea contractului, permițând atribuirea către acel operator apt să-și implementeze, efectiv, contractul. Totodată, asigură concurența într-o manieră corect înțeleasă și aplicată față de însuși scopul procedurii de atribuire. Intervenientul învederează că autoritatea contractantă dorește achiziționarea unor rame apte să circule pe rețelele europene fiind corect și chiar indicat să punteze acei ofertanți care fac dovada deținerii unor astfel de omologări în defavoarea celor care, deși pretind că vor încerca și ei să asigure cerințele de omologare, nu garantează în niciun fel un astfel de rezultat.

Astfel, în opinia societății interveniente, ar fi împotriva regulilor de concurență să fie considerat echivalent operatorul care a depus eforturi, resurse, diligențe în obținerea omologărilor care fac posibilă circulația pe rețelele europene cu cel care se limitează la a promite că acest lucru se va realiza cândva, în viitor, incert.

Prin aplicarea factorului în discuție, autoritatea contractantă poate elimina riscul ofertării unor produse care, la momentul livrării, nu sunt, de fapt, omologate în cadrul Uniunii Europene. Fiind indiscutabilă obligația operatorilor de a oferi produse care, la momentul livrării lor efective, în termenele declarate în ofertă, sunt și omologate, factorii de evaluare trebuie analizați prin prisma capacității lor de a evidenția un avantaj tehnic și competitiv. Acest factor asigură certitudinea autorității contractante cu privire la aptitudinea ramei ofertate de a circula, în condițiile de omologare impuse, pe rețelele europene. Odată ce operatorul ofertant face dovada că rama ofertată a fost deja pusă în funcțiune și a fost recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru

Căile Ferate, autoritatea contractantă nu mai are, de fapt, a suporta niciun risc rezultat din eșecul implementării contractului.

Avantajul tehnic, funcțional și pe deplin concurențial oferit de un operator economic care ofertează o ramă, a cărei circulație pe rețelele europene este deja recunoscută, trebuie punctat suplimentar, în opinia intervenientei.

În sprijinul faptului că este asigurată concurența, intervenienta arată că, potrivit registrului Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate, pe lângă, sunt înregistrați 18 producători care au trenuri, rame, vehicule înregistrate în registru.

Se arată în continuare că dispozițiile legale, comunitare și naționale, cât și jurisprudența indicată de către contestator probează, de fapt, legalitatea factorului contestat.

Cu adresa nr. .../... din 22.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. din 23.04.2020, ...a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de ..., solicitând respingerea acesteia, ca netemeinică, fiind invocate următoarele argumente:

Validarea tehnică privește direct procesul specific de producție și omologare a RE-IR. În acest caz operatorul economic va construi RE-IR pe o platformă deja existentă, asigurând corespondența tehnică și o confirmare a calității și conformității produsului oferit cu cerința autorității contractante.

Având în vedere specificul procedurii, există posibilitatea ca produsul oferit să nu existe în realitate ci să fie dezvoltat un prototip în perioada de după semnarea contractului, dacă ofertantul respectiv a fost declarat câștigător. De asemenea, este probabil ca unii producători să nu aibă, în portofoliul lor de produse existente, trenuri conforme cu specificațiile tehnice de interoperabilitate (STI-urile), care sunt norme strict europene, în cazul în care produsul oferit nu există/nu circulă încă pe piața europeană, oferta lor tehnică având un caracter de promisiune.

Dacă trenul oferit există deja pe piața europeană, fiind omologat conform STI, atunci gradul de siguranță a autorității contractante cu privire la respectarea promisiunii din oferta tehnică este semnificativ mai mare decât în cazul unui prototip ce va fi dezvoltat, pe baza documentației aferentă anunțului de participare, în perioada de după semnarea contractului.

Avantajul, susține autoritatea contractantă, este acela că angajamentul din ofertă este susținut de realitate și nu este doar un angajament scriptic. De asemenea, avantajul de a folosi acest criteriu de validare tehnică *„este reprezentat de diferența dintre un produs existent și omologat față de o promisiune scrisă în oferta tehnică”*. Dacă un ofertant declară în oferta sa că produsul va fi conform specificațiilor tehnice de interoperabilitate, autoritatea contractantă trebuie să considere oferta conformă. Însă, dacă produsul respectiv

există, iar conformitatea sa a fost certificată în piața europeană de profil, riscul autorității contractante este semnificativ redus.

În continuare, autoritatea contractantă consideră că utilizarea factorului de evaluare „*validare tehnică*” are legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică referindu-se în mod direct la caracteristicile de „*calitate și funcționalitate ale produselor ce urmează a fi furnizate, oferind astfel avantaje certe autorității contractante pentru atingerea obiectivelor*”.

Autoritatea contractantă consideră că acest avantaj nu este suplimentar față de cerințele din caietul de sarcini ci reprezintă cea mai „*eficientă garanție a respectării acestor cerințe*”: caietul de sarcini prevede că produsul va trebui să fie omologat înainte de a fi livrat autorității contractante. Dacă produsul este deja omologat, acesta conferă autorității contractante un avantaj și o siguranță a conformității acestuia, certă, imediată și evidentă.

Acest avantaj nu are nicio legătură cu cerințele de experiență similară, conform explicațiilor și argumentelor regăsite în strategia de contractare.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că s-a organizat consultarea pieței în vederea pregătirii achiziției, conform SEAP și a raportului nr. ... întocmit în baza prevederilor art. 139 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar utilizarea sau implementarea opiniilor sugestiilor și/sau recomandărilor primite, inclusiv pentru factorul de evaluare „*validare tehnică*”, s-a realizat astfel încât acesta să nu aibă ca efect denaturarea concurenței și/sau încălcarea principiilor nediscriminării și transparenței.

Documentația de atribuire aferentă anunțului de participare a fost supusă controlului ex-ante de către și a fost validată pentru a fi publicată în SEAP.

De asemenea, supune atenției că strategia de contractare, formularele, contractul și caietul de sarcini publicate în SEAP, unde au fost precizate printre altele, criteriul de atribuire, factorii de evaluare, respectiv ponderea factorului de evaluare „*validare tehnică*”, au fost elaborate de ...împreună cu experții Băncii Europene de Investiții și cu sprijinul asocierii

Astfel, autoritatea contractantă subliniază că documentația de atribuire, inclusiv strategia de contractare, fișa de date a achiziției, în care sunt precizați factorii de evaluare, inclusiv „*validarea tehnică*” și ponderea acestora, nu împiedică aplicarea unor dispoziții legale, nu este contrară interesului public, nu aduce atingere intereselor comerciale legitime ale unui anumit operator economic, public sau privat și nu aduce atingere concurenței loiale între operatorii economici.

Autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare prin solicitarea din subsidiar, acceptă implicit factorul de evaluare

„validare tehnică”, dar pentru a-și proteja interesele solicită o diminuare a ponderii acestuia fără a argumenta și/sau justifică propunerea diminuării ponderii acestuia de la 10 puncte la 3 puncte.

Având în vedere importanța și avantajul oferit autorității contractante de factorul de evaluare „validare tehnică” și de ponderea acestuia, nu poate fi luată în considerare eliminarea acestuia și nici reducerea proporției acestui factor de evaluare.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ...a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, cod CPV 34620000-9-Material rulant (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. /03.04.2020. Conform anunțului de participare, valoarea estimată a contractului este cuprins între 1.311.698.701 RON și 3.714.279.851 RON fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-cost”.

Nemulțumită fiind de conținutul documentației de atribuire, mai exact de cerința fișei de date a achiziției și a anunțului de participare privind factorul de evaluare *validare tehnică*, ... a învestit Consiliul cu prezenta contestație, în termenul legal, și cu depunerea cauțiunii aferente, în cuantum de 220.000 Ron, fiind prezentată, în acest sens, recipisa de consemnare nr. din 15.04.2020, solicitând, în principal, eliminarea factorului, iar, în subsidiar, reducerea proporției acestuia.

Față de contestația de mai sus, ... (.....) a promovat cerere de intervenție, pe care Consiliul o va încuviința în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante, ținând cont de faptul că cererea sa privește respingerea contestației ... și deci menținerea documentației în forma în care aceasta a fost publicată, deziderat spre care tinde și

Relativ la factorul de evaluare ce face obiectul diferendului dintre părți, Consiliul stabilește că regulile fișei de date a achiziției sunt următoarele:

Denumire factor evaluare Descriere Pondere

Pretul ofertei Componenta financiara 65%

Punctaj maxim factor: 65

Algoritm de calcul: Punctajul se acorda astfel: a) Pentru cel mai scazut dintre preturi se acorda punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte preturi ofertate punctajul P(n) se calculeaza proportional, astfel: $P(n) = (\text{Pret minim ofertat} / \text{Pret } n) \times \text{punctaj maxim alocat}$.

Program de livrare Componentă calitate. 15%

Punctaj maxim factor: 15

Algoritm de calcul: Programul de livrare va însemna 15 puncte după cum urmează:

(i) 6 puncte pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune cu călători, pe rețeaua CFR în termen de 20 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 1,5 puncte din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate neconforme și eliminate.

(ii) 9 puncte pentru livrarea întregii cantități în termen de 25 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 1,5 puncte din scorul total, iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 31 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate neconforme și eliminate.

Validare tehnică Componentă calitate. 10%

Punctaj maxim factor: 10

Algoritm de calcul: Un număr de 10 puncte va fi acordat pentru oferta ce conține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA.

În caz contrar nu se va acorda nici un punct.

Plusvaloare Componentă calitate. 10%

Punctaj maxim factor: 10

Algoritm de calcul: Un număr de maxim 10 puncte va fi alocat ofertantului care demonstrează o capacitate mai mare de transport, respectiv locuri pe scaune fixe.

Astfel pentru fiecare 10 locuri peste minimul specificat în caietul de sarcini de 300 locuri se va acorda 2 puncte până la un maxim de 10 puncte pentru 350 locuri.

Un număr superior de locuri, peste cele 350, nu se va mai puncta suplimentar. Punctele se vor acorda doar pentru fiecare grup de 10 locuri. Astfel, de exemplu, pentru un număr suplimentar de $11 \div 19$ locuri peste minimul specificat se vor acorda numai 2 puncte. Ofertele ce vor conține un număr de locuri mai mic de 300 vor fi declarate neconforme și eliminate.

Punctaj maxim total: 100.

Relevantă pentru factorul în discuție este și justificarea regăsită la nivelul *Strategiei de contractare* înregistrată sub nr. 22/110/30.03.2020:

Validarea tehnică - privește direct procesul specific de producție și omologare a RE-IR. În acest caz operatorul economic **va construi RE-IR pe o platformă deja existentă**, asigurând corespondența tehnică și o confirmare a calității și conformității produsului oferit cu cerința autorității contractante.

În toate situațiile, comisia de evaluare va verifica dacă produsul oferit este conform cu cerințele Autorității Contractante. Însă, având în vedere specificul procedurii (achiziție de rame feroviare electrice, spre deosebire de o achiziție de produse de uz curent), există posibilitatea ca produsul oferit să nu existe în realitate ci să fie dezvoltat un prototip în perioada de după semnarea contractului. De asemenea, este foarte probabil ca unii producători să nu aibă în portofoliul lor de produse existente trenuri conforme cu Specificațiile Tehnice de Interoperabilitate (STI-urile), care sunt norme strict europene, în cazul în care produsul oferit nu există încă pe piață (și în special pe piața europeană), oferta tehnică are un caracter de promisiune din partea ofertantului. (...)

Dacă însă trenul oferit există deja pe piața UE, respectiv este omologat, atunci gradul de siguranță a Autorității Contractante cu privire la respectarea efectivă a promisiunii din oferta tehnică este semnificativ mai mare decât în cazul unui prototip. Avantajul căpătat de către Autoritatea Contractantă este deci acela că angajamentul din ofertă este susținut de realitate ci nu este doar un angajament scriptic. Suplimentar

adăugăm faptul **Avantajul** pentru Autoritatea Contractantă de a folosi acest criteriu de validare tehnică **este reprezentat de diferența dintre un produs existent și omologat față de o promisiune scrisă în oferta tehnică**. Dacă un ofertant declară în oferta sa că produsul va fi conform Specificațiilor Tehnice de Interoperabilitate, Autoritatea Contractantă trebuie să considere oferta conformă. **Dacă însă produsul respectiv există iar conformitatea sa a fost certificată, riscul Autorității Contractante este semnificativ redus. Existența unei omologări pentru produsul oferat este un avantaj tehnic clar pentru Autoritatea Contractantă, în sensul prevederilor art. 187 alin. 5 lit. a din Legea nr. 98/2016.**

Acest avantaj nu este suplimentar față de cerințele din caietul de sarcini ci **reprezintă cea mai eficientă garanție a respectării acestor cerințe: caietul de sarcini prevede că produsul va trebui să fie omologat. Dacă produsul este deja omologat, acesta conferă Autorității Contractante un avantaj imediat și evident.**

Raportat la criticile privind pretinsa lipsă a reflectării de către factorul de evaluare *validare tehnică* a vreunui avantaj real și concret, fiind un obstacol în calea liberei concurențe, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor texte legale:

- art. 187 din Legea nr. 98/2016:

(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic (...) autoritatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:

- a) prețul cel mai scăzut;
- b) costul cel mai scăzut;
- c) cel mai bun raport calitate-preț;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

(4) În sensul alin. (3) lit. c) și **d)**, cel mai bun raport calitate- preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru.

(5) Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

a) **calitatea, inclusiv avantajele tehnice**, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, **caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;**

b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;

c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare.

- art. 189 din același act normativ:

(1) Autoritatea contractantă **nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.**

(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.

- art. 32 din HG nr. 395/2016:

(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și **trebuie să aducă un**

avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

(8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, **autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:**

a) **nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;**

b) **nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.**

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare **autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:**

a) **importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat;** sau

b) **cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv.**

În speță, astfel cum este construit factorul de evaluare *validare tehnică* înseamnă că un ofertant care nu propune în ofertă o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA nu va fi îndepărtat din procedură, prin respingerea ofertei, ci nu va fi punctat la respectivul factor (primește 0 puncte).

Astfel, obstacolul în calea liberei concurențe, de care se prevalează autoarea contestației, nu poate fi reținut, câtă vreme la procedură se pot înscrie atât operatorii economici care au deja o ramă omologată, cât și cei care nu dețin o astfel de ramă.

Analizând justificările autorității contractante pentru utilizarea factorului respectiv, Consiliul stabilește că acesta reprezintă o facilitate de care este nevoie pentru ca autoritatea să-și satisfacă necesitatea, aceea de a achiziționa unități (rame) ce vor fi omologate și certificate, apte să circule pe rețelele europene cu respectarea strictă a standardelor și acreditărilor incidente. Astfel, cum reiese din documentele achiziției, autoritatea contractantă dorește procurarea de astfel de unități cât mai rapid de la producători și care nu dezvoltă, prin intermediul acestei licitații, un tren de concepție nouă. Este corect și chiar indicat ca o ofertă care conține o unitate RE-IR care circulă acum pe o rețea europeană, să fie punctată suplimentar, întrucât avantajul este evident pentru autoritatea contractantă, aceasta din urmă având siguranța că pot fi construite/fabricate unitățile care fac obiectul achiziției și, de asemenea, și în timpul cerut prin documentația de atribuire. Din această perspectivă, cea a omologării, se elimină, practic, riscul ofertării unor produse, care la momentul livrării nu sunt omologate pe rețeaua europeană. Omologarea la momentul ofertării este relevantă și reflectă un avantaj pentru achizitoare, ținând de esența îndeplinirii contractului de achiziție publică.

Reiese cu claritate din cerințele caietului de sarcini că, la data livrării, RE-IR trebuie să fie omologate conform reglementărilor și normelor tehnice feroviare în vigoare la acea dată, însă, acest lucru nu se suprapune cu avantajul pe care autoritatea contractantă dorește să-l obțină, la momentul ofertării, prin utilizarea factorului în discuție, respectiv certitudinea cu privire la aptitudinea unei rame oferite de a circula, în condițiile de omologare impuse pe rețelele europene.

Contrar susținerilor societății contestatoare cum că rațiunea existenței factorului disputat *este tot aceea a unui termen de livrare cât mai scăzut* și astfel existența sa apare ca lipsită de utilitate, Consiliul apreciază că *validarea tehnică* poate fi privită ca o garanție a respectării termenului de livrare și astfel riscul eșecului de livrare în termen este eliminat, însă nu se confundă cu avantajul oferit de factorul de evaluare în referire la termenul de livrare, așa cum este el descris în fișa de date a achiziției.

Jurisprudența Consiliului invocată de autoarea contestației nu prezintă relevanță în speța de față, situația analizată în prezenta cauză fiind diferită de cele în care organismul administrativ-jurisdicțional a sancționat factorii care fie nu aveau corespondent cu natura și obiectul contractului, fie nu reflectau un avantaj pe care autoritatea contractantă l-ar fi putut obține prin utilizarea lor.

Totodată, Consiliul nu poate să nu observe că, deși, autoarea contestației, în apărările sale, susține că factorul de evaluare contestat nu reflectă vreun avantaj real și concret, fiind un obstacol în calea liberei concurențe, acceptă, într-un final existența lui, prin însăși solicitarea sa, din subsidiar, de diminuare a ponderii acordată acestui factor.

Cât privește această solicitare de diminuare a punctajului acordat factorului, de la 10 la 3 puncte, Consiliul stabilește că societatea contestatoare, după cum arată și autoritatea contractantă, nu a fost în măsură să identifice argumente pertinente care să susțină diminuarea, respectiv de ce cele 3 puncte propuse ar face posibilă, în accepțiunea sa, menținerea factorului și, pe cale de consecință, ar justifica legalitatea acestuia.

În aceste condiții, coroborat cu aspectele reținute în sprijinul menținerii factorului analizat, Consiliul determină că nu există motive pentru modificarea anunțului de participare sau a fișei de date a achiziției din perspectiva criticilor privind factorul de evaluare *validarea tehnică*.

Astfel fiind, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația ...

Consiliul va respinge și cererea accesorie a contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației, în condițiile în care această din urmă parte procesuală nu a pierdut procesul în fața contestatoarei. Nu sunt îndeplinite condițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 și ale art.

453 C. proc. civ., în sensul că societatea contestatoare nu a câștigat procesul și autoritatea contractantă nu s-a aflat în culpă, ci dimpotrivă. Separat de acest fapt, ... nu a indicat cheltuielile și nici nu a anexat la contestație vreo dovadă a întinderii și efectuării lor.

Față de cele stabilite mai sus, Consiliul apreciază fondată cererea de intervenție formulată de, motiv pentru care o va admite.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu, în calitatea de autoritate contractantă.

În baza art. 26 alin. (9) din lege, respinge cererea accesorie a contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate cu depunerea contestației.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de și în temeiul art. 67 din același act normativ, o admite.

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

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....