



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. 592/C11/475

Data: 18.03.2022

Prin contestația nr. 3850/25.02.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10338/28.02.2022, depusă de SA, cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului cu nr., având CUI RO, reprezentată legal de, în calitate de Președinte al Consiliului de Administrație/Director General și convențional de, cu sediul în str., unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură, privind procedura organizată prin licitația deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D - Revizie Capitală și alte servicii de reparații constatate în prezenta Recepției CFR pe fluxul tehnologic de revizie tip R9”, anunț de participare simplificat nr. CN1034503/07.09.2021, de, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat, în principal, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. DA2/5/211/15.02.2022, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia (incluzând, dar fără a se limita la, raportul procedurii nr. DA2/5/206/14.02.2022 și procesele-verbale de evaluare corespunzătoare), în ceea ce privește declararea drept admisibilă a ofertei depuse de SA, precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente și/sau conexe, respectiv obligarea entității contractante la

reevaluarea ofertei depuse de SA cu consecința constatării inadmisibilității acesteia și continuarea procedurii de atribuire prin aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire doar ofertelor admisibile, atribuirea acordului-cadru, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /09.03.2022, ... SA, cu sediul în ..., ..., județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată prin Director General ..., și convențional prin, cu sediul profesional în, ..., ..., ..., ales pentru comunicarea actelor de procedură, formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând încuviințarea de principiu a cererii de intervenție, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației promovate de SA și admiterea cererii de intervenție voluntară.

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.

Cererea de suspendare a fost respinsă de CNSC prin Încheierea nr. 574/C11/475/01.03.2022.

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 nr. 3850/25.02.2022, prin care SA solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă o scurtă descriere a situației de fapt, cu precizarea că la data de 15.02.2022, entitatea contractantă a publicat în SEAP comunicarea rezultatului procedurii nr. DA2/5/211/15.02.2022 și raportul procedurii nr. DA2/5/206/14.02.2022.

Potrivit comunicării, oferta SA a fost declarată admisibilă, fiind clasată pe locul II în urma aplicării criteriului de atribuire, iar oferta declarată câștigătoare este cea depusă de SA.

Totodată, conform raportului procedurii, clasamentul ofertelor admisibile depuse este astfel: SA cu un punctaj de 100 puncte și SA cu un punctaj de 87,80 puncte.

Raportat la această împrejurare, prin cererea nr. 3845/18.02.2022, a solicitat accesul la toate documentele ce compun dosarul achiziției sectoriale aferent procedurii de atribuire, inclusiv la oferta și răspunsurile

la solicitările de clarificări depuse de SA, întocmai cum au fost aceste documente încărcate în SEAP. Entitatea contractantă a invitat SA la studiul dosarului achiziției sectoriale prin răspunsul nr. DA2/1/233/18.02.2022.

Cu ocazia studiului dosarului achiziției sectoriale, entitatea contractantă a acordat acces doar la dosarul fizic al achiziției sectoriale aferent procedurii de atribuire, nu și la documentele încărcate electronic în SEAP de SA, astfel cum rezultă și din procesul-verbal nr. DA2/5/236/21.02.2022.

Ca urmare a analizei documentelor din dosar la care i s-a permis accesul, contestatoarea a constatat că oferta depusă de SA este inadmisibilă, prezentând următoarele argumente:

Decizia entității contractante de a declara câștigătoare oferta SA este nelegală, fiind adoptată cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire și a legislației în materia achizițiilor sectoriale.

Față de numeroasele elemente de inadmisibilitate ale acestei oferte, învederează Consiliului că un singur motiv de inadmisibilitate întemeiat este suficient pentru respingerea ofertei, astfel încât cercetarea celorlalte motive să nu se mai impună, concluzie reținută și în jurisprudența anterioară a instanțelor de judecată.

Cu titlu prealabil, subliniază caracterul profund superficial al evaluării ofertei SA de către entitatea contractantă, precum și tratamentul nejustificat de favorabil acordat acestei oferte.

În primul rând, potrivit art. 133 alin. (1) lit. b), f), h), coroborat cu art. 138 alin. (1) și (2) și 139 alin. (1) din Normele metodologice, comisiei de evaluare îi revin atât atribuțiile de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare, conformitatea propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și conformitatea propunerilor financiare depuse de ofertanți, stabilirea solicitărilor de clarificări necesare în vederea evaluării ofertelor, cât și obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă din punct de vedere al elementelor tehnice propuse și al aspectelor financiare pe care le implică.

În pofida cerințelor clare ale documentației de atribuire și ale atribuțiilor sale legale, entitatea contractantă a evaluat în mod superficial oferta SA și a ignorat o serie de elemente de inadmisibilitate ale acestei oferte, față de care CFR nu poate avea certitudinea că ofertantul va asigura executarea în integralitate și în condiții optime a acordului-cadru. De exemplu:

- a ignorat numeroasele neconformități evidente existente în oferta SA și a solicitat clarificări ofertantului declarat câștigător în încercarea de a transforma o ofertă inadmisibilă într-o ofertă admisibilă; clarificările transmise au avantajat în mod evident SA, față de SA care a înțeles să depună ab initio o ofertă admisibilă; spre deosebire de numeroasele clarificări transmise SA, singura solicitare de clarificări transmisă SA (nr. DA2/5/1667/11.11.2021), a vizat transmiterea declarațiilor privind

acordul prelucrării datelor cu caracter personal, documente care se regăseau însă deja în ofertă încărcată în SEAP, astfel cum s-a precizat și în răspunsul nr. 2527/11.11.2021;

- a permis SA modificarea propunerii tehnice și financiare prin răspunsurile la solicitările de clarificări, cu încălcarea legislației achizițiilor sectoriale, o parte din modificări vizând neconformități evidente ale ofertei;

- a declarat câștigătoare oferta SA, în pofida faptului că există o discrepanță majoră între ofertele depuse de SA și SA în procedură; astfel cum rezultă din consemnările din procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerii tehnice, cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022:

- SA a depus un formular de propunere tehnică care detaliază corespunzător și temeinic îndeplinirea cerințelor caietului de sarcini, precum și o serie de documente în dovedirea îndeplinirii cerințelor tehnice ale caietului de sarcini; în timp ce

- SA a depus un formular de propunere tehnică care nu face altceva decât să reia cerințele caietului de sarcini și să includă declarații pur afirmative că ar respecta cerințele documentației de atribuire, dar și precizări lipsite de sens și coerentă; or, oferta tehnică nu poate fi o simplă confirmare declarativă a respectării unor cerințe din caietul de sarcini, ci trebuie să dovedească modul în care ofertantul, a înțeles și și-a însușit cerințele din documentația de atribuire și își propune să îndeplinească contractul, în ipoteza în care ar fi declarat câștigător;

- procesul de evaluare demonstrează modul în care entitatea contractantă a ocolit orice informație care ar fi putut atrage respingerea ofertei SA și, în special, orice informație referitoare la neexecutarea contractului încheiat între în anul 2018, precum și la litigiul existent cu privire la neexecutarea acestui contract, la care va face referire în secțiunile următoare.

Or, scopul evaluării ofertelor depuse este tocmai stabilirea cu certitudine a faptului că oferta clasată pe primul loc îndeplinește în mod corespunzător toate cerințele documentației de atribuire, anterior demarării executării acordului-cadru. Doar astfel se poate preveni riscul unei executări necorespunzătoare sau al unei neexecutări a viitorului acord-cadru și a contractelor subsecvente acestuia.

Verificarea riguroasă a modului în care SA (nu) îndeplinește cerințele documentației de atribuire este cu atât mai importantă cu cât executarea corespunzătoare a serviciilor de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D este deosebit de importantă pentru calitatea transportului feroviar asigurat de

În acest sens, arată că, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut expres că entitatea contractantă are obligația de a respinge ofertele fără să solicite clarificări în cazul în care acestea nu respectă specificațiile tehnice. Relevante în acest sens sunt cauza Slovensko⁶ și

cauza Wallon Buses, potrivit cărora s-ar încălca principiul tratamentului egal dacă s-ar permite entității contractante să solicite clarificări unui ofertant a căruia ofertă este imprecisă sau nu respectă specificațiile tehnice.

În al doilea rând, întregul proces de evaluare se impune a fi consemnat în documentele de evaluare riguros, astfel încât să fie asigurată trasabilitatea deciziilor adoptate de comisia de evaluare, astfel cum impune art. 133 alin. (1) lit. n) din Normele metodologice, precum și prin completarea riguroasă a formularelor prevăzute de Ordinul președintelui ANAP nr. 1170/2021 privind aprobarea formularelor standard ale proceselor-verbale intermediare de evaluare aferente procedurilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii.

Evaluarea superficială a ofertei SA rezultă și din modul vag și lacunar în care entitatea contractantă a consemnat evaluarea acestei oferte. Aceste consemnări sunt preponderent generale, concluzia cerința minimă îndeplinită neavând la bază verificări concrete. Cu titlu de exemplu:

- entitatea contractantă a consemnat în documentele de evaluare alte informații decât cele existente în oferta SA (e.g. în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022 se consemnează mențiuni diferite de oferta tehnică, inclusiv numerotări eronate pentru Capitolul 14);
- în procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerii tehnice, cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, sunt incluse observații de tipul „Răspunsul la solicitarea de clarificări a fost transmis în termenul solicitat de entitatea contractantă, iar în urma analizării acestuia s-a constatat că s-a clarificat îndeplinirea cerinței minime din caietul de sarcini, răspunsul fiind concludent a fost acceptat de către comisia de evaluare fără a se verifica însă în concret dacă (i) SA a depus ab initio o ofertă conformă cu toate specificațiile tehnice impuse prin documentația de atribuire, demonstrând prin mijloace de probă corespunzătoare această conformitate sau dacă (ii) răspunsul SA este complet, clar și concludent prin raportare la solicitarea de clarificări a entității contractante;
- în procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. DA2/5/75/ 20.01.2022, se precizează că „Răspunsul la solicitarea de clarificări a transmis în termenul solicitat de entitatea contractantă, iar în urma analizării acestuia s-a constatat că SA a retransmis propunerea financiară completată conform solicitării comisiei de evaluare, [...] răspunsul fiind concludent a fost acceptat de comisia de evaluare”, cu ignorarea faptului că neconformitatea existentă în oferta financiară a SA ar fi trebuit să atragă respingerea ofertei.

Modul în care entitatea contractantă a consemnat evaluarea ofertei SA reprezintă atât o încălcare a atribuțiilor sale de evaluare ante-menționate, cât și a principiului transparenței. Totodată, conduita încalcă și prevederile Ordinului nr. 1170/2021, în cadrul

căroră se precizează că în procesele-verbale trebuie să se regăsească informații privind evaluarea de către comisia de evaluare a informațiilor prezentate în propunerea tehnică în raport cu cerința minimă solicitată în caietul de sarcini, informații privind evaluarea de către comisia de evaluare a răspunsului primit ca urmare a solicitării de clarificări și concluziile comisiei de evaluare referitoare la verificarea documentelor-suport depuse în susținerea informațiilor din DUAE și din documentele ce îl însoțesc și clarificările solicitate ofertantului.

Astfel de consemnări sumare și generice ale entităților contractante au fost sancționate și în jurisprudența anterioară a Consiliului, respectiv decizia CNSC publicată sub B02021_1189 și decizia publicată sub B02020_2304.

Referitor la garanția de participare, motivele de excludere și criteriile de calificare, precizează următoarele:

1. Garanția de participare nu respectă cerințele documentației de atribuire și prevederile legale referitoare la constituirea acesteia:

Potrivit secțiunii III.1.6.a) - Garanție de participare din fișa de date, garanția de participare va fi constituită inter alia printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări. În același sens sunt și prevederile art. 42 alin. (1) din Normele metodologice.

..... SA a depus: (i) Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 202111046ONE din data de 02.11.2021, emisă de Finance One IFN SA și (ii) Actul adițional nr. 01/2022002023ONE la Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 202111046ONE din data de 02.02.2022 emisă de Finance One IFN SA, astfel cum rezultă din:

- documentele de înscriere depuse de SA;
- Solicitarea de clarificări nr. DA2/5/1649/09.11.2021;
- Răspunsul la clarificări înregistrat la entitatea contractantă sub nr. DA2/1654/10.11.2021;
- Răspunsul la clarificări nr. 103/99/03.02.2022 înregistrat la entitatea contractanta sub nr. DA2/1155/03.02.2022;
- documentele de evaluare.

Garanția de participare constituită de SA nu respectă prevederile documentației de atribuire și dispozițiile art. 42 alin. (1) din Normele metodologice, întrucât garanția de participare este emisă de o instituție financiară nebancaară, și nu de o instituție de credit.

Distincția între instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancaare este reglementată expres în legislația specifică domeniului financiar-bancar, cele două categorii de instituții fiind reglementate prin două acte normative diferite.

Totodată, distincția între instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare rezultă și din informațiile publicate pe pagina oficială de internet a BNR, în cadrul căreia Registrul instituțiilor de credit apare distinct de Registrul instituțiilor financiare nebancare.

Decizia de a accepta garanția de participare emisă de Finance One IFN SA este cu atât mai surprinzătoare cu cât societatea face parte din grupul Capidava Financial din care face parte și Suport Real IFN, care a emis garanția de buna execuție constituită de SA în procedura de licitație deschisă în cauză.

Or, Suport Real IFN a refuzat plata sumei solicitate prin solicitarea de plată transmisă de privind reținerea garanției de buna execuție.

Prin urmare, entitatea contractantă avea obligația de a respinge oferta SA ca neconformă și inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, întrucât oferta nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia și nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției cu privire la garanția de participare.

2. SA se regăsește în situațiile de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. c), d), g) și h) din Legea nr. 99/2016, cu privire la:

- încălcarea gravă și repetată a obligațiilor principale din contractele sectoriale anterioare;
- săvârșirea unei abateri profesionale grave;
- entitatea contractantă are suficiente indicii rezonabile și chiar informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în legătură cu procedura de atribuire;
- declararea în DUAE a unor informații ce nu corespund realității.

Contestatoarea menționează că:

a) SA și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale din contracte sectoriale anterioare, invocând aspecte ce sunt relevante pentru incidența situației de excludere ce decurg din informațiile disponibile în mediul online:

În consecință, nu înțelege cum a declarat admisibilă oferta SA:

- în condițiile în care procedura de față are ca obiect servicii de revizie tip R9, reparație de rang superior lui R8 aferent procedurii de atribuire din 2017, adică lucrări de complexitate mai mare, care includ R8 și la care s-a cerut omologare pe R8 și experiența similară pe R8;
- fără a ține cont de nerealizarea de către același furnizor a contractelor subsecvente atribuite în baza acordului-cadru din 2018 (și implicit a acordului-cadru de 73 de buc), scandalul mediatic, automotoarele blocate, litigiile demarate chiar de

Prin urmare, ... SA se află în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 180 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, întrucât:

- operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract sectorial;
- operatorul economic nu și-a executat obligațiile privind prestarea serviciilor de revizie în executarea contractelor subsecvente sectoriale aferente acordului-cadru din 2018 (e.g. prestatorul nu și-a îndeplinit obligația de efectuare a serviciului de revizie care a făcut obiectul contractului subsecvent sectorial nr. 46/20.02.2018); acesta a manifestat un comportament necorespunzător care creează îndoieli serioase cu privire la credibilitatea ofertantului de a realiza obiectivul acordului-cadru și contractele subsecvente sectoriale preconizate a fi încheiate în urma atribuirii;
- încălcările au condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile - operatorul economic datorează penalități de întârziere cauzate de nerespectarea termenelor contractuale de execuție în mod repetat, solicitându-se și contravaloarea garanțiilor de bună execuție; conduita sa contractuală anterioară necorespunzătoare a produs pierderi semnificative entității contractante.

b) Nerespectarea obligațiilor contractuale anterioare de către SA reprezintă o abatere profesională gravă:

Având în vedere modul cum au fost executate de ofertant contractantele sectoriale anterioare încheiate cu aceeași entitate contractantă, în special contractul nr. 46/20.02.2018, contestatoarea nu înțelege cum nu a efectuat o verificare riguroasă a incidentei situației de excludere în privința SA și nu a procedat în mod corespunzător la excluderea sa din procedură.

c) Atribuirea acordului-cadru către SA creează premisele distorsionării concurenței, deoarece are drept consecință controlul acestui operator economic asupra funcționării automotoarelor CFR li, implicit, asupra activității

Contestatoarea susține că este important de arătat că, în acest context, potrivit mențiunilor înregistrate la Registrul Comerțului:

- SA deține 51,65% din acțiunile
- Avram Ionuț a fost Președinte al Consiliului de administrație al SA începând cu 09.12.2020 și până la 01.02.2022 (mandatul expiră la data de 28.04.2024, însă acesta a demisionat); aceeași persoană este administrator cu atribuții de director general începând cu 21.04.2016 (pe o perioadă nelimitată) la
- Avram Ionuț este listat drept beneficiar real în ambele companii, ... SA și

Participarea la procedură s-a suprapus ca interval (07.09.2021 - 08.11.2021) perioadei în care Avram Ionuț a întrunit calitatea de membru al consiliului de administrație la și administrator la SA (o parte dintre documentele din oferta depusă fiind semnate de acesta în calitate de director general). În acest sens, nu poate fi exclusă corelarea activității SA (e.g. nerepararea și/sau blocarea a 67 de automotoare) astfel încât să se afle în avantaj competitiv față de

Astfel, la un simplu calcul matematic în anul 2020 (în care circulația a cunoscut numeroase restricții din cauza pandemiei), pentru 20 de trase a realizat venituri totale în valoare de 114 milioane lei, ceea ce înseamnă o medie de aproximativ 5,7 milioane lei/trasă.

Pentru anul 2022, ... a contractat 30 de trase (cu 50% mai mult), ceea ce presupune că veniturile acesteia vor crește, extrapolat, cu aproximativ 57 milioane lei. Aceasta se datorează traselor pe care în mod normal le-ar fi utilizat, cu automotoare Diesel - Desiro SR 20 D (având în vedere faptul că flota este compusă strict din automotoare Diesel).

Sprrijinul public total contractat de pentru anul 2022 este de 123.045.010,45 lei, din care 114.970.010,45 lei compensație, 8.075.000 lei facilități de călătorie, contestatoarea prezentând această situație împreună cu flota cuprinsă în Contractul de servicii publice ce este deservită de

În perioada 2020-2021, ... a avut contractate cu Ministerul Transporturilor prin Autoritatea pentru Reformă Feroviară 352 trase. Pentru 2022, ... a contractat 328 (cu 319 locomotive, 100 automotoare și 850 vagoane). Se poate observa o diminuare cu 24 trase.

În perioada 2020-2021, ... a avut 20 trase, iar pentru 2022 a contractat 30 trase (cu 30 automotoare). Se observă o creștere cu 10 trase.

O alta remarcă relevantă, este aceea ca a cumpărat 120 Săgeți Albastre (perioada 2003-2007). În condițiile în care în operare mai are și alte tipuri de automotoare, iar o parte din Săgeți au fost avariate.

Toate aceste informații se regăsesc în contractele publice publicate de

În aceste condiții, există pentru entitatea contractantă, dacă nu certitudinea generată de conduită anterioară a SA în acordul-cadru din 2018, cel puțin indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în legătură cu procedura în cauză.

În acest sens, invocă art. 2 alin. (1) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, precum și jurisprudența ICCJ.

Astfel, nu se poate permite SA, societate în strânsă legătură cu competitorul direct al, să dețină cheia de control pentru activitatea - reparația a 50 dintre cele mai performante și generatoare de venituri automotoare.

În contextul Deciziei nr. 56/2004 a Curții Constituționale, contestatoarea precizează că, în măsura în care scopul ofertării de către SA este de a menține sub controlul sau activitatea de reparație a automotoarelor și de a influența mediul concurențial în acest sens, cauza actului juridic devine una ilicită și imorală.

d) SA nu a declarat la nivelul DUAЕ că se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g), d) și c) din Legea nr. 99/2016:

În consecință, entitatea contractantă avea obligația de a exclude din procedură oferta SA, în temeiul art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

În același sens este și jurisprudența instanțelor de judecată, pe care o invocă.

În concluzie, entitatea contractantă avea obligația de a exclude și a de a respinge oferta SA din cadrul procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 180 alin. (1) lit. c), d), g) și h) din Legea nr. 99/2016, art. 228 alin. (4) și art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016, precum și art. 143 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice. Relevant este și art. 182 din Legea nr. 99/2016 care instituie obligația entității contractante de a exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

3. SA a declarat informații ce nu corespund realității cu privire la îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară, nu a demonstrat în mod corespunzător îndeplinirea acestui criteriu și a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări privind documentele justificative DUAЕ, astfel:

a) SA a declarat în DUAЕ și propunerea tehnică informații ce nu corespund realității cu privire la îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară, în condițiile în care:

- astfel cum rezultă din criteriul de calificare impus de entitatea contractantă, la nivelul DUAЕ și al listei principalelor prestări de servicii trebuiau să se regăsească principalele prestări de servicii similare efectuate în ultimii 6 ani, inclusiv valorile acestor servicii efectiv

îndeplinite; prin servicii îndeplinite conform fișei de date, se înțelege servicii recepționate la sfârșitul perioadei de prestare;

- valoarea serviciilor similare prestate declarată de SA în DUAЕ și în Lista din propunerea tehnică este de 11.310.000 lei; aceasta valoare nu corespunde realității întrucât conform Anexei 4 - Situația contractelor publicată pe site-ul, (i) valoarea totală a contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 a fost majorată prin acte adiționale la 11.735.905,50 lei + TVA, (ii) contractul a încetat la data 30.06.2019, din cele 12 automotoare fiind realizate doar 6 (Contract încheiat cu valoare facturată de 6.080.905,50 lei + TVA și facturi de penalități în valoare de 683,064.51 lei); practic, ... SA a declarat valoarea integrală a contractului (și aceasta aparent eronată), dar acest contract nu a fost îndeplinit integral (stadiul de execuție a contractului fiind de doar 51,81%);

- valoarea declarată în DUAЕ și în Lista din propunerea tehnică nu corespunde serviciilor prestate efectiv de SA și recepționate în temeiul contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018, aceasta neputând fi susținută prin prezentarea unor documente justificative corespunzătoare; ofertantul avea obligația de a declara doar valoarea serviciilor prestate efectiv pe care o putea demonstra prin documente (e.g. facturi).

În consecință, sunt incidente:

- excluderea ofertei conform art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, respectiv pentru furnizarea de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere și imposibilitatea prezentării documentelor justificative solicitate, s-a declarat o valoare ce nu corespunde serviciilor prestate și recepționate la sfârșitul perioadei de prestare;

- respingerea ofertei ca inacceptabilă conform art. 143 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice coroborat cu art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, pentru necompletarea DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă, în loc să completeze valoarea reală a serviciilor efectuate în ultimii 6 ani astfel cum se impune prin fișa de date, ofertantul a completat o valoare mai mare.

Astfel, consideră că entitatea contractantă avea obligația de a respinge oferta SA din procedură, cunoscând foarte bine valoarea serviciilor efectiv prestate și recepționate și având toate datele pentru a constata că aceasta nu a fost real declarată de ofertant și nici nu poate fi susținută prin prezentarea de documente-suport.

În pofida acestei obligații, ... s-a limitat la o analiză superficială a ofertei, redând pur și simplu în raportul procedurii informațiile declarate eronat/fals de ofertant.

b) SA nu a demonstrat în mod corespunzător îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară și a răspuns

neconcludent la solicitarea de clarificări privind documentele justificative DUAЕ cu privire la experiența similară, deoarece entitatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. DA2/5/120/28.01.2022, solicitându-i documente justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea în DUAЕ.

Documentele justificative trebuiau să probeze informațiile asumate prin DUAЕ de SA, inclusiv valoarea declarată de 11.310.000 lei.

Prin răspunsul la clarificări nr. 103/100/03.02.2022, ... SA s-a rezumat la a menționa că transmite documentele solicitate, respectiv Procese verbale de recepție pentru servicii de „Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 200”, anexând totodată o serie de procese-verbale de recepție, fără alte explicații suplimentare.

Aceste documente nu probează informațiile completate în DUAЕ și în Lista din propunerea tehnică și nici îndeplinirea criteriului de calificare impus prin fișa de date, întrucât:

- vizează doar cantități, iar nu valori; or, în DUAЕ nu a existat câmp în care să se precizeze cantitatea, existând câmpuri doar pentru valoare, perioada de realizare a contractului și obiect, astfel cum s-a solicitat în fișa de date;

- nu probează valoarea declarată de SA în DUAЕ și în Lista de lucrări, deși a declarat valoarea de 11.310.000 lei pentru serviciile similare prestate, ofertantul a transmis drept documente justificative doar procese-verbale de recepție pentru 6 automotoare (a căror valoare și dacă ar fi fost probată prin documentele justificative prezentate, s-ar fi ridicat în orice caz la 6.080.905,5 lei, iar nu la valoarea declarată în DUAЕ și în propunerea tehnică);

- unele procese-verbale sunt aferente altor contracte (pentru servicii suplimentare la automotoare), iar nu contractului nr. 46/20.02.2018 declarat în DUAЕ ca experiență similară; acest aspect rezultă, atât din procesele-verbale respective care fac referire la alt număr de contract, cât și din adresa nr. DMR4/7/97/07.02.2022 emisă de Direcția Tracțiune;

- potrivit fișei de date, serviciile sunt considerate îndeplinite prin prezentarea de dovezi pentru servicii recepționate la sfârșitul perioadei de prestare, dar din actele de evaluare întocmite de nu rezultă dacă acesta a verificat îndeplinirea acestei cerințe: au fost recepționate cele 6 automotoare cărora le sunt aferente procesele-verbale de recepție prezentate la sfârșitul perioadei de prestare (din documentele identificate în mediul online rezultă că pentru cel puțin 4 automotoare ar fi fost percepute penalități mari de întârziere, nefiind, așadar, recepționate la sfârșitul perioadei de prestare, ci cu mari întârzieri). Entitatea contractantă era ținută să facă astfel de verificări cu atât mai mult cu cât deține toate informațiile necesare cu privire la maniera în care a fost executat de SA contractul subsecvent nr. 46/20.02.2018; entitatea contractantă acceptă practic în mod paradoxal drept experiență similară un contract cu privire la care aceasta însăși a inițiat litigii în instanță pentru pierderile suferite, fără a schița măcar o minimă încercare de justificare în actele de

evaluare; adresa nr. DMR4/7/97/07.02.2022 a emisă de Direcția de Tracțiune este edificatoare cu privire la modul în care entitatea contractantă trece cu vederea situația contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018.

Astfel, entitatea contractantă avea obligația de a respinge oferta SA în temeiul art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016 și art. 143 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice, întrucât documentele justificative depuse de ofertant față de solicitarea entității contractante nu dovedesc îndeplinirea experienței similare declarate în DUAE și art. 140 alin. (4) din Normele metodologice, întrucât SA nu a depus documentele justificative solicitate prin solicitarea de clarificări pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, răspunsul furnizat fiind în mod evident neconcludent.

Contestatoarea susține că a optat pentru a evalua superficial oferta SA, cu încălcarea prevederilor proprii documentații de atribuire și a prevederilor legale:

- s-a raportat la cantitate, limitându-se la a consemna în raportul procedurii că cerința ar fi îndeplinită, deși elementul „cantitate” nu apare nici în DUAE și nici în fișa de date, unde se solicită valori, perioade de prestare și beneficiari și nici chiar în documentele depuse de ofertant. Entitatea contractantă face precizări ambigue în adresa nr. DMR4/7/97/07.02.2022 emisă de Direcția Tracțiune, părând să adauge într-un mod nepermis la cele declarate de ofertant în lista prezentată.

În Lista de lucrări din propunerea tehnică, ofertantul a inclus coloana Cant (U.M.), unde a completat însă doar mențiunea AM Desiro SR 20 D, valoarea totală indicată ar fi trebuit să se refere la 12 buc, dar știind probabil că a realizat doar 6 automotoare, ofertantul nu a indicat vreo cantitate în coloana respectivă, astfel cum s-ar putea înțelege din extrasul redat;

- nu a analizat deloc valoarea declarată de SA în DUAE și în Lista de contracte, cu toate că avea toate informațiile necesare pentru a constata că cele declarate nu corespund realității;

- nu a evaluat documentele justificative depuse de SA în corelare cu valoarea declarată în DUAE și Lista de contracte din propunerea tehnică.

Considerând criteriul de calificare privind experiența similară îndeplinit cu un contract executat defectuos de către SA, ... nesocotește și scopul criteriul de calificare prevăzut de art. 35 alin. (1) din Normele metodologice, respectiv demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/ acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În același sens sunt și Referatul de necesitate și oportunitate nr. DA2/1230/09.08.2021 și Strategia de contractare nr. DA2/5/1259/18.08.2021.

Nu în ultimul rând, prin declararea admisibilă a ofertei SA, ... a încălcat și principiul tratamentului egal. Spre deosebire de acest ofertant, ... SA a prezentat ab initio în cadrul documentelor de calificare documente justificative în corelare cu valoarea declarată în DUAE. Astfel, a prezentat procese-verbale de recepție și facturi pentru a demonstra valoarea declarată în DUAE (82.070.285 lei), în timp ce SA a declarat valoarea de 11.310.000 lei, dar a transmis doar procese-verbale de recepție pentru 6 automotoare, fără valori.

Referitor la propunerea tehnică, susține că oferta SA este neconformă și inacceptabilă, întrucât:

- propunerea tehnică nu respectă cerințele tehnice solicitate prin caietul de sarcini, astfel cum au fost acestea modificate prin răspunsurile la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 și nr. DA2/5/1534/22.10.2021 publicate de în SEAP;

- propunerea tehnică a fost modificată în mod nelegal prin răspunsurile la solicitările de clarificări prezentate de ofertant pe parcursul evaluării ofertelor;

- SA a răspuns neconcludent la solicitările de clarificări adresate de cu privire la propunerea tehnică; și

- SA a preluat ca atare cerințele din caietul de sarcini, fără a prezenta în detaliu modul de respectare a acestor cerințe, oferta fiind neadaptată la cerințele caietului de sarcini și cuprinzând numeroase necorelări și neconcordanțe:

1. Propunerea tehnică nu respectă cerințele tehnice solicitate prin caietul de sarcini:

(Prin secțiunea IV.4.1) - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date, ... a solicitat următoarele:

- ofertanții vor prezenta un comentariu articol cu articol al caietului de sarcini, conform Formularului de propunere tehnică nr. 5, din cadrul Secțiunii Formulare din SEAP;

- în cadrul comentariului articol cu articol, ofertanții vor prezenta în detaliu modul de respectare a cerințelor caietului de sarcini nr. DT6/07/482/2021 – varianta a, respectiv a modului în care va fi realizat fiecare serviciu din Anexele nr. 2 și nr. 3 ale caietului de sarcini.

Totodată, prin caietul de sarcini, entitatea contractantă a impus o serie de cerințe tehnice pentru prestarea serviciilor de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20 D.

Or, astfel cum rezultă din Formularul de propunere tehnică depus de SA, propunerea tehnică prezintă următoarele neconformități:

- SA nu a respectat formularul de propunere tehnică publicat de În Formularul de propunere tehnică al SA nu sunt înscrise: numărul procedurii de atribuire, numele entității contractante, numele operatorului economic și numărul formularului.
- Precizarea de la pct. 2.6.2 din Formularul de propunere tehnică denotă faptul că ofertantul nu și-a adaptat oferta la cerințele procedurii de față, aceasta fiind întocmită în mod superficial. În caietul de sarcini aferent procedurii de atribuire din 2017 există o prevedere identică celei incluse de SA la pct. 2.6.2 din Formularul de propunere tehnică.
- Oferta nu îndeplinește cerința 3.2.1. din caietul de sarcini, în forma completă, nefiind precizat faptul că transportul până la (și de la) societatea reparatoare este asigurat de entitatea contractantă doar pe teritoriul României.
- SA nu îndeplinește cerința de la pct. 3.2.2 din caietul de sarcini, întrucât schimbă modul de predare/primire a automotoarelor la societatea reparatoare, prevăzând doar o recepție „preliminară”.
- Deși, entitatea contractantă a precizat că efectuarea reparației de către personalul nu scutește de răspundere societatea reparatoare, ... SA a precizat că efectuarea reparației, „ne scutește de răspundere societatea reparatoare”, schimbând astfel sensul celor asumate. SA nu demonstrează îndeplinirea cerinței 6.1.8 din Caietul de sarcini, neasumându-și efectuarea recepției în condițiile impuse. În procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, ... trece cu lejeritate peste acest aspect, corectând de la sine putere oferta SA: „6.1.8. Efectuarea recepției de către personalul, nu scutește de răspundere societatea reparatoare”.
- SA nu respectă cerința 6.2.2 din caietul de sarcini, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul nr. 20 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 în privința faptului că „termenul de garanție acordat pentru utilizarea roții monobloc înlocuite cu ocazia Reviziei capitale de tip R9 trebuie să fie de 5 ani sau 400.000 km, iar consumarea prematură datorată interacțiunii roata-șină în timpul rulării pe infrastructură feroviară este în contul societății reparatoare”. SA nu a demonstrat asumarea condițiilor din răspunsul consolidat la clarificări, astfel cum se precizează și în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022.
- Deși, cerința 9.3. din caietul de sarcini, secțiunea referitoare la riscuri, prevede ca risc identificat/pericol asociat daunele-interese aduse prestatorului, respectiv entității contractante, ... SA își asumă prin propunerea tehnică ca risc doar daunele-interese aduse prestatorului, nu și pe cele aduse entității contractante. Oferta nu concordă cu cerința 9.3. din caietul de sarcini, aspect sesizat și de în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022.

- Deși, cerința 9.4. din caietul de sarcini, secțiunea riscuri, face referire la „repararea automotoarelor”, ... SA menționează în propunerea tehnică „reparația grupurilor power-pack”. Această neconformitate este deosebit de gravă. Precizarea riscurilor referitoare la grupurile power-pack într-o procedură de atribuire care are ca obiect servicii de revizie tip R9 schimbă semnificativ obiectul procedurii de atribuire. Mai mult, chiar precizează prin răspunsul nr. 28 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 că reparația grupurilor power-pack nu face obiectul serviciilor de revizie tip 9.
- Deși, afirmă că va utiliza la revizia capitală tip R9 la automotoarele Desire SR 20 D standuri atestate de AFER conform OMT 410/1999, ... SA nu dovedește aceasta afirmație. Simpla declarație a SA că va utiliza astfel de standuri, fără vreo explicație suplimentară/justificare/dovadă nu este suficientă pentru conformitatea ofertei. La polul opus, susține că a dovedit în mod corespunzător îndeplinirea acestei cerințe, prin arătarea faptului că deține pentru serviciul de revizie capitală tip R9 la automotoarele Desiro SR 20 D standuri și dispozitive speciale autorizate și atestate de AFER conform ordinului OMT 410/1999.
- SA a precizat în mod eronat caracteristicile tehnice ale automotoarelor Desiro SR 20D, respectiv formula osiilor, ceea ce demonstrează (i) atât necunoașterea formulelor osiilor unui vehicul de material rulant, cât și (ii) nerespectarea specificației tehnice. În procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, ... trece cu lejeritate peste acest aspect, corectând de la sine putere oferta SA.
- În anexa nr. 2 la caietul de sarcini se regăsește Lista lucrărilor ce se execută la revizia capitală tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D. Această listă include și operațiunea de înlocuire suspensie pe pernă de aer pentru care a impus un număr fix de 4 buc. Oferta nu îndeplinește cerința, întrucât SA a oferat un număr aproximativ de 4 bucăți având semnificația de aproximativ), în loc de un număr fix. Semnul „aproximativ” presupune cantități variabile (în plus sau în minus), cu nerespectarea prevederilor caietului de sarcini.
- Contrar cerinței din caietul de sarcini care face referire la reperul Z46, ... SA precizează reperul de roată 246, care nu există. Așadar, oferta nu concordă cu specificațiile din Anexa nr. 2.
- Contrar cerinței caietului de sarcini care face referire la reperul M 12X50, ... SA precizează reperul IVI 12x50, deși un astfel de reper nu există. Astfel, oferta nu concordă cu specificațiile din Anexa nr. 2. În procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, ... trece cu

lejeritate peste acest aspect, corectând de la sine putere oferta SA.

- Oferta nu îndeplinește cerința „Se demontează și se înlocuiește amortizorul secundar orizontal fără cupolă – 1 buc”, întrucât SA a oferat un număr aproximativ 1 bucată (având semnificația de aproximativ), în loc de numărul fix de 1 bucată pentru amortizorul secundar orizontal fără cupolă.

- Oferta nu îndeplinește cerința „Se demontează și se înlocuiește rezistența de încălzire a compresorului de climatizare – 2 buc”, ... SA a oferat un număr de aproximativ 2 bucăți (având semnificația de aproximativ), în loc de numărul fix de 2 bucăți pentru rezistența de încălzire a compresorului de climatizare.

- Oferta nu îndeplinește cerința „Se înlocuiește cablajul electric inclusiv copexul unității climatizare cu regulator”, astfel cum a fost această clarificată prin răspunsurile la clarificări publicate în SEAP. Ofertantul nu prevede că se vor înlocui obligatoriu următoarele cablaje:

- cablajul între tabloul electric din agregatul de climatizare și echipamentele din interiorul acestuia;

- cablul în interiorul unității de climatizare către ventilatoarele de condensator și vaporizator;

- cablajul din cabina de conducere.

Or, răspunsurile la clarificări publicate în SEAP cu privire la documentația de atribuire sunt obligatorii atât pentru entitatea contractantă, cât și pentru ofertanți, astfel cum s-a reținut și în jurisprudența anterioară a CNSC, respectiv decizia nr. 2302/C8/2360/19.12.2019. La polul opus, precizează că a întocmit o oferta conformă cu cerințele caietului de sarcini, astfel cum au fost clarificate.

- Oferta nu îndeplinește cerința „Se înlocuiește cablajul electric inclusiv copexul unității de climatizare fără regulator”, astfel cum a fost aceasta clarificată prin răspunsul nr. 9 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021, respectiv răspunsul nr. 2 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1534/22.10.2021, întrucât nu prevede că se vor înlocui obligatoriu toate cablajele menționate în răspunsurile la clarificări.

- Oferta nu îndeplinește cerința de la Anexa nr. 2 la caietul de sarcini referitoare la verificarea și remedierea închiderii geamurilor laterale. Oferta SA include o activitate care nu a fost solicitată prin caietul de sarcini și nu cuprinde activitatea descrisă în Anexa nr. 2.

- Oferta nu îndeplinește cerința „Se demontează și se înlocuiește ventilul de retur - 6 buc”, întrucât SA a oferat un număr de aproximativ 6 bucăți (având semnificația de aproximativ), în loc de un număr fix de 6 bucăți pentru ventilul de retur, astfel cum s-a impus prin caietul de sarcini.

- Oferta nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini coroborată cu răspunsul 17 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 în privința robineților de izolare (16 buc.) care se înlocuiesc obligatoriu la frâna pneumatică. SA nu precizează în propunerea tehnică robineții de izolare în conformitate cu clarificările publicate. consemnează lipsa acestor precizări din propunerea tehnică și în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022. Mai mult, modalitatea în care SA a înțeles să ofere cei 16 robineți conduce și la imposibilitatea de a evalua atât tehnic cât și financiar oferta, având în vedere că prețul unui robinet poate varia între 20 euro și 250 euro, în funcție de tipul de robinet. Această neconformitate atrage și existența unor necorelări între propunerea tehnică și propunerea financiară, impunându-se respingerea ofertei și în temeiul art. 143 alin. (3) lit. d) din Normele metodologice. În absența precizării în propunerea tehnică a robineților de izolare în conformitate cu clarificările publicate, ... nu poate verifica caracterul sustenabil al prețurilor oferite pentru robineții de izolare în propunerea financiară.

- În fig. 7 la caietul de sarcini publicat inițial în SEAP, ... a publicat un tip de ventil care nu mai este fabricat de furnizor. În acest context, ca urmare a unei solicitări de clarificări referitoare la varianta tehnică acceptată (cod, furnizor), prin răspunsul nr. 19 din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/ 06.10.2021, ... a clarificat că ventilul automat de evacuare a apei este cel livrat ca și ansamblu cu uscătorul de aer de nouă generație al producătorului WABCO cod 432.433.062.0 sau echivalentul lui. Cu toate acestea, ... SA nu respectă cerința, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul la clarificări, întrucât SA a oferit un uscător (cel din fig. 7 la caietul de sarcini publicat inițial în SEAP) care nu se mai fabrică. Neconformitatea este precizată și în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022.

- SA nu îndeplinește cerința „Cilindru de frână fără rastare PBAC”, întrucât nu a oferit un cilindru de frână fără rastare PBAC, astfel cum s-a solicitat prin Anexa nr. 2 la Caietul de sarcini.

- SA nu îndeplinește cerința „se assemblează cilindrii de frână pe timonierile de frână și se montează pe tren- 10 buc”, întrucât nu a oferit cele 10 bucăți cilindrii de frână solicitate prin caietul de sarcini. În propunerea tehnică depusă de SA, nu apare nicio cantitate oferită pentru cilindrii de frână. Deși, redată ca atare în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, ... nu a sancționat ca atare omisiunea din propunerea tehnică. Aceasta neconformitate atrage și existența unor necorelări între propunerea tehnică și propunerea

financiară, impunându-se respingerea ofertei și în temeiul art. 143 alin. (3) lit. d) din Normele metodologice (nu se poate verifica corelarea propunerii financiare cu cea tehnică de vreme ce nu se cunoaște numărul de cilindri ofertați de SA).

- Oferta nu îndeplinește cerința, deoarece SA nu a prezentat Figura 9 - Schița osie motoare. În schimb, Figura 8 - Schița osie liberă se regăsește de 2 ori. Încă odată, este dovedită superficialitatea cu care SA a pregătit propunerea tehnică, cu nesocotirea cerințelor caietului de sarcini.

- Oferta nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini cu privire la „10. AO boghiu motor – Înlocuire pereche, întrucât SA a oferat un pinion conic care nu există (nu există reperul pinion conic 214).

- Oferta nu îndeplinește cerința „20. AO II - înlocuire pinion dublu Z1=27, Z2=29;”, întrucât SA a oferat un Atac de osie care nu există (AO 11 în loc de AO II).

- Oferta nu îndeplinește cerința „66.înlocuire geam fereastră rabatabilă 298x841x13”, întrucât SA nu a oferat dimensiunile solicitate prin caietul de sarcini pentru fereastra rabatabilă. De altfel, nici nu există dimensiunea „xl 3” oferată de SA.

- Oferta nu îndeplinește cerința „94. înlocuire difuzor post conducere 15W/8 ohmi”, întrucât SA nu oferă înlocuirea difuzorului post conducere 15W/8 ohmi, ci înlocuirea unui difuzor post conducere de 113W/M ohmi. Neconformitatea a fost sesizată și de în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, nefiind însă sancționată cum s-ar fi impus.

- Oferta nu îndeplinește cerința „124. înlocuire modul la calculator induși 180 AN”, întrucât SA nu a oferat modul 180 AN, astfel cum s-a cerut prin caietul de sarcini. De altfel, nici nu există modulul 180 AN oferat de SA.

- Oferta nu îndeplinește cerința „146. înlocuire supapă de comandă (triplă valvă)”, întrucât SA nu a oferat supapa de comandă solicitată prin caietul de sarcini, cea oferată de aceasta „de corn a rida” este un nonsens și nu există. Cu toate acestea, nonsensul din oferta SA se regăsește rectificat în procesul-verbal de evaluare nr. DA2/5/28/11.01.2022, de către, din proprie inițiativă, fără ca măcar să solicite clarificări.

Din punctul său de vedere, ... SA avea obligația de a întocmi propunerea tehnică cu seriozitate și rigurozitate și cu respectarea întocmai a cerințelor caietului de sarcini, astfel cum au fost acestea modificate și completate prin răspunsurile la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 și nr. DA2/5/1534/22.10.2021. De altfel, aceasta obligație este recunoscută chiar de SA prin propunerea tehnică.

Față de neconformitățile ante-menționate, entitatea contractantă avea obligația respingerii ofertei SA ca:

- neconformă în temeiul art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și al art. 143 alin. (3) lit. a) din HG 394/2016;
- inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016; și
- neadecvată, în temeiul art. 228 alin. (51) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, ... SA și-a modificat în mod nepermis propunerea tehnică prin răspunsul la solicitările de clarificări.

În primul rând, conduita entității contractante de a solicita SA clarificări și de a permite acestuia modificarea propunerii tehnice prin răspunsurile la clarificări este profund nelegală, întrucât aspectele analizate nu sunt ambigue, nefiind susceptibile de a face obiectul clarificărilor. SA nu a depus pur și simplu o propunere tehnică care să respecte întocmai cerințele tehnice din caietul de sarcini, astfel cum au fost modificate și completate prin clarificările publicate în SEAP, ceea ce ar fi trebuit să atragă respingerea ofertei.

Or, documentația de atribuire necontestată este obligatorie atât pentru operatorii economici, cât și pentru entitatea contractantă în perioada de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare având obligația de a respecta regulile pe care ea însăși le-a stabilit prin documentația de atribuire. Caracterul obligatoriu al documentației de atribuire pentru entitatea contractantă este subliniat de altfel și în jurisprudența Consiliului.

Entitatea contractantă a solicitat clarificări societății SA cu încălcarea art. 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016 întrucât a decis să îi solicite clarificări acestui ofertant cu toate că neconformitățile existente în ofertă erau clare. Entitatea contractantă a încălcat astfel principiul tratamentului egal și al transparenței și a creat un avantaj evident SA prin solicitarea de clarificări și prin permiterea modificării propunerii tehnice drept răspuns la această solicitare, față de ceilalți ofertanți care au întocmit ab initio o propunere tehnică completă.

Prin permiterea modificării propunerii tehnice ulterior datei limită de depunere a ofertelor, ... SA a beneficiat de un avantaj incorect în raport cu SA, întrucât acesta a dispus de un „timp suplimentar” pentru întocmirea propunerii tehnice și de nouă șansă la remedierea deficiențelor din cadrul acesteia.

În practica CNSC și a instanțelor de judecată s-a reținut în nenumărate rânduri încălcarea principiului tratamentului egal în situații similare, precum și obligația respingerii ofertei, fără a solicita clarificări ofertantului în astfel de situații, respectiv decizia Curții de Apel Ploiești nr.

923 din 23.05.2017, decizia CNSC publicată în B02017_3021 și decizia CNSC nr. 2976/C7/3165/3168 din data de 22.11.2018.

Mai mult, la nivelul jurisprudenței europene, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a reținut în mod expres în cauza Slovensko că s-ar încălca principiul tratamentului egal în cazul în care s-ar permite entității contractante să solicite clarificări unui ofertant a cărui ofertă este imprecisă sau nu respectă specificațiile tehnice.

În același sens, în cauza Walloon Buses, CJUE a clarificat faptul că ofertanții trebuie să beneficieze de un tratament egal în cadrul procesului de evaluare, constituind încălcare a principiului tratamentului egal, acceptarea unui ofertant care nu îndeplinește specificațiile solicitate.

În al doilea rând, ignorând nelegalitatea modificării propunerii tehnice prin răspunsul la clarificări, entitatea contractantă a conchis în mod eronat că oferta este acceptabilă.

Modalitatea în care a permis SA modificarea propunerii tehnice prin răspunsul la solicitarea de clarificări încalcă flagrant prevederile art. 131 și art. 140 alin. (5) din HG 394/2016.

Un alt aspect contestat se referă la faptul că SA a răspuns neconcludent solicitării de clarificări, deoarece nu a clarificat aspectele sesizate de entitatea contractantă, ci a precizat ca „își asumă” precizările din caietul de sarcini sau din răspunsurile la solicitările de clarificări, după caz.

Concludenta răspunsurilor la clarificări furnizate de SA poate fi analizată strict prin raportare la:

- cerințele din documentația de atribuire, care impuneau prezentarea ab initio a unei propuneri tehnice care să respecte cerințele tehnice ale documentației de atribuire;
- întrebările formulate de entitatea contractantă, care au vizat clarificarea aspectelor sesizate, iar nu modificarea propunerii tehnice, prin asumarea prin intermediul clarificărilor a unor cerințe ce trebuiau să se regăsească din start în cadrul ofertei.

Prin urmare, față de răspunsurile furnizate de SA, entitatea contractantă avea obligația de a respinge aceasta ofertă ca inacceptabilă și în temeiul art. 140 alin. (4) din HG 394/2016.

Cu toate că entitatea contractanta nu a solicitat modificarea propunerii tehnice, ci doar clarificarea unor aspecte, ... SA a înțeles să modifice în mod nepermis propunerea tehnică, furnizând astfel și răspunsuri neconcludente prin raportare la solicitările entității contractante.

Totodată, ... SA a preluat ca atare cerințele din caietul de sarcini, fără a prezenta în detaliu modul de respectare a acestora și a întocmit o ofertă tehnică lipsită de coerență, ce include multiple erori și precizări fără sens în Formularul de propunere tehnică depus de SA, respectiv:

- se utilizează exact formulările din caietul de sarcini, fără o minimă adaptare;
- conține o serie de cuvinte inexistente în limba română, numerotări greșite, discrepanțe între cerința caietului de sarcini și formularea utilizată în Formularul de propunere tehnică și precizări adăugate nepermis cerințelor din caietul de sarcini;
- nu respectă și nu a avut în vedere clarificările aduse de documentației de atribuire prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021 și răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1534/22.10.2021;
- nu conține liste de standuri, liste de fișe de măsurători, lista de tehnologii, diagrama și flux tehnologic, lista personalului autorizat (CUS, sudura, etc); totodată, în document nu există nicio referință la vreun cod/denumire de stand sau de fișa de măsurători sau tehnologie, etc. (cel puțin pentru cerințele unde acestea sunt invocate prin caietul de sarcini;
- nu conține denumirea completă a ofertantului (..... SA Napoca), ci precizări precum „prestatorul”, „Remarul” și „societate reparatoare”, ceea ce arată încă o dată maniera generală și neadaptată la specificul procedurii de atribuire în care a înțeles SA să elaboreze propunerea tehnică.

O reproducere de tipul „copy-paste” a cerințelor caietului de sarcini nu este suficientă pentru asigurarea conformității ofertei SA, aceasta fiind incompletă. Dovedirea profesionalismului în prestarea serviciilor de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D nu se poate face prin:

- preluarea ca atare a cerințelor caietului de sarcini, fără a prezenta în detaliu modul în care SA respectă cerințele tehnice ale caietului de sarcini;
- pregătirea Formularului de propunere tehnică prin raportare la cerințele caietului de sarcini, fără a avea în vedere și modificările aduse acestor cerințe prin răspunsurile la solicitările de clarificări publicate de; și
- utilizarea unor softuri ce permit copierea cerințelor din caietul de sarcini, fără a aduce un minim de aport sau o minimă explicație asupra modului în care vor fi prestate serviciile de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20 D.

În contextul în care informațiile privind modul de respectare a cerințelor caietului de sarcini au lipsit cu desăvârșire din propunerea tehnică prezentată inițial, este clar ca cerințele din documentația de atribuire nu sunt îndeplinite, oferta fiind, așadar, inadmisibilă.

Obligația respingerii ofertei în cazul în care propunerea tehnică reprezintă o preluare a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini a fost reținută și în practica anterioară a CNSC și a instanțelor de judecată, sens

în care invocă deciziile CNSC publicate sub B02018_8171 și B02017_5448.

Cu privire la propunerea financiară, precizează că, similar situației propunerii tehnice, ... SA a fost întocmită cu nerespectarea documentației de atribuire, cel puțin din următoarele perspective:

- ofertantul a întocmit propunerea financiară cu nerespectarea Formularului de propunere financiară publicat în SEAP (în privința notei privind formula de calcul) și ca urmare a sesizării acestei neconcordanțe de entitatea contractantă, ofertantul și-a modificat în mod nepermis propunerea financiară; și
- ofertantul a încărcat în SEAP două propuneri financiare, aspect nesesizat și nesancționat de entitatea contractantă în evaluarea ofertelor.

Ofertantul a întocmit propunerea financiară cu nerespectarea Formularului de propunere financiară publicat în SEAP și și-a modificat în mod nepermis propunerea financiară

Prin secțiunea IV.4.2.) - Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date, entitatea contractantă a solicitat că propunerea financiară se va prezenta conform Formularului de oferta nr. 6, din secțiunea Formulare și a impus ca: „Ofertanții, la întocmirea propunerii financiare, vor utiliza următoarea FORMULĂ DE CALCUL: Valoare prețuri unitare alte servicii de reparații poziția 2 / 167 = ROUND((VL * K2/167):2)

Prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. DA2/5/1454/06.10.2021, entitatea contractantă a reiterat faptul că la elaborarea propunerii financiare se va ține cont de nota din Formularul de propunere financiar.

Contrar cerințelor exprese din documentația de atribuire, ... SA nu a respectat Formularul de propunere financiară publicat în SEAP și nu a precizat și Nota din subsolul Formularului referitoare la formula de calcul.

Această neconformitate rezultă din Formularul de propunere financiară depus de SA și este confirmată, inter alia, de:

- procesul-verbal intermediar nr. DA2/5/52/17.01.2022;
- adresa Direcției Achiziții - Serviciul Estimări Preturi și Analize Tarifare nr. DA4/2/56/17.01.2022;
- procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. DA2/5/75/20.01.2022.

Deși caracterul inadmisibil al ofertei SA era evident, iar entitatea contractantă avea obligația respingerii ofertei în temeiul art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, întrucât ofertantul nu a respectat condițiile de forma aferente elaborării și prezentării ofertei și nu respectă documentele achiziției, entitatea contractantă a optat pentru

solicitarea de clarificări cu încălcarea art. 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016.

Față de aceste aspecte, consideră că a solicitat nelegal clarificări și SA și-a modificat în mod nepermis propunerea financiară.

Decizia entității contractante de a solicita clarificări ofertantului declarat câștigător în privința neconformității sesizate cu privire la Formularul de propunere financiară este profund nelegală întrucât:

- lipsa formulei de calcul solicitate expres prin documentația de atribuire nu este o ambiguitate, nefiind susceptibilă de a face obiectul clarificărilor; ofertantul declarat câștigător pur și simplu nu a respectat modalitatea de prezentare a propunerii financiare impuse prin documentația de atribuire în ceea ce privește Formularul de propunere financiară;
- documentația de atribuire, astfel cum a fost consolidată prin clarificările publicate în SEAP și necontestată este obligatorie atât pentru operatorii economici, cât și pentru entitatea contractantă în perioada de evaluare a ofertelor;
- completarea propunerii financiare cu un element lipsa solicitat expres prin documentația de atribuire reprezintă o modificare a propunerii financiare, interzisă potrivit art. 140 alin. (5) din Normele metodologice.

Practic, prin solicitarea de clarificări nr. DA2/5/54/17.01.2022, entitatea contractantă a solicitat retransmiterea întregii propuneri financiare.

Cu nerespectarea flagrantă a prevederilor legale, entitatea contractantă a permis SA retransmiterea propunerii financiare - Formularul de propunere financiară, prin răspunsul nr. 103/50/18.01.2022, înregistrat la sub nr. DA2/58/18.01.2022: „Vă transmitem atașat: 1. Formularul de propunere financiară, completat conform solicitării dumneavoastră”, completând astfel în mod nepermis oferta financiară.

Prin urmare, entitatea contractantă avea obligația de a respinge oferta SA inclusiv în temeiul art. 140 alin. (5) din Normele metodologice, întrucât SA și-a modificat/completat în mod nepermis propunerea financiară prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Astfel, contestatoarea arată că SA a încărcat două propuneri financiare în SEAP.

Contrar cerințelor prevăzute în documentația de atribuire, ... SA a înțeles să depună două propuneri financiare, astfel cum rezultă din extrasul din SEAP regăsit în dosarul achiziției sectoriale studiat în fața entității contractante.

Cu toate acestea, ... nu a menționat acest aspect în documentele de evaluare, nefiind clar dacă documentele încărcate de SA sunt diferite sau dacă există discrepanțe între acestea.

Entitatea contractantă nu putea permite SA depunerea a două oferte financiare câtă vreme documentația de atribuire nu permițe depunerea de oferte alternative, astfel încât o atare abordare să aibă justificare.

Față de încărcarea nejustificată a două propuneri financiare în SEAP, entitatea contractantă avea obligația respingerii ofertei SA ca inacceptabilă și neconformă în temeiul art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, întrucât ofertantul nu a respectat condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ofertei și cerințele achiziției.

Referitor la modul de prezentare al ofertei, ... SA susține că SA nu a respectat cerințele documentației de atribuire, deoarece:

- nu a prezentat toate documentele numerotate, semnate și ștampilate; de exemplu documentele din propunerea tehnică și financiară nu sunt ștampilate; și
- opisul prezentat nu este edificator, nefiind precizate în mod clar numărul de pagini aferent fiecărui document depus în ofertă.

În acest context, entitatea contractantă avea obligația respingerii ofertei SA ca inacceptabilă și neconformă în temeiul art. 228 alin. (4) și (5) din Legea nr. 99/2016, întrucât ofertantul nu a respectat condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ofertei și documentele achiziției.

În consecință, susține că entitatea contractantă a încălcat principiile în materia achizițiilor sectoriale, respectiv principiul tratamentului egal, principiul transparenței, restricționarea participării la procedura de atribuire, solicitând Consiliului admiterea prezentei contestații și:

- să solicite relații de la Autoritatea pentru Digitalizarea României (A.D.R.) - Operator SEAP cu privire la conținutul celor două oferte financiare încărcate de SA, dat fiind că astfel de informații nu se eliberează către persoane juridice de drept privat;

- să solicite entității contractante să clarifice situația prestațiilor efectuate de SA în baza acordului - cadru din 2018, și în special în baza Contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 (care este valoarea prestațiilor efectuate conform și recepționate, care sunt prejudiciile estimate de CFR ca decurgând din executarea necorespunzătoare/neexecutarea acestui acord-cadru de către SA, etc.), precum și situația și obiectul litigiilor în legătură cu aceasta relație contractuală.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 421/25.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 10345/28.02.2022, ... SA depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207865563/1 din data de 25.02.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 1.097.400,00 lei.

Prin punctul de vedere nr. DA2/1/266/07.03.2022, înregistrat la CNSC cu nr. 12016/07.03.2022, ... a solicitat respingerea contestației formulată de SA, ca nefondată, pentru următoarele motive:

În preambul prezintă modul de desfășurare al procedurii de atribuire în cauză, precizând că, în urma evaluării propunerilor financiare depuse de SA și SA, comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. SA:

- Propunerea financiară depusă este corelată cu propunerea tehnică depusă și asumată în totalitate;

- Nu au fost identificate erori aritmetice în cadrul propunerii financiare;

- Propunerea financiară depusă se încadrează în valoarea estimată de entitatea contractantă și aprobată prin referatul de necesitate și oportunitate nr. DT3/4/616/29.07.2021 al Serviciului Modernizări Tracțiune;

- Valoarea totală ofertată nu este neobișnuit de scăzută în raport cu ce urmează a fi prestat astfel încât să nu se poată asigura îndeplinirea acordului-cadru la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, acesta reprezentând un procent de 92,68 % din valoarea estimată.

Totodată, comisia de evaluare a constatat că, ... SA și-a asumat durata de valabilitate a ofertei conform solicitărilor documentației de atribuire, respectiv 3 luni de la data depunerii acesteia.

2. SA:

- Propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică depusă și asumată în totalitate;

- Nu au fost identificate erori aritmetice în cadrul propunerii financiare;

- Propunerea financiară se încadrează în valoarea estimată de entitatea contractantă și aprobată prin referatul de necesitate și oportunitate nr. DT3/4/616/29.07.2021 al Serviciului Modernizări Tracțiune;

- Valoarea totală ofertată nu este neobișnuit de scăzută în raport cu ce urmează a fi prestat astfel încât să nu se poată asigura îndeplinirea acordului-cadru la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, acesta reprezentând un procent de 95 % din valoarea totală estimată de entitatea contractantă.

Totodată, comisia de evaluare a constatat că, ... SA și-a asumat durata de valabilitate a ofertei conform solicitărilor documentației de atribuire, respectiv 3 luni de la data depunerii acesteia.

Aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” s-a realizat în urma analizării și declarării ofertelor admisibile, luând în considerare informațiile prezentate de ofertanți în ofertele depuse (propunerile tehnice și propunerile financiare) și documentele care le însoțesc precum și ca urmare aplicării metodologiei de calcul de aplicare a punctajului obținut.

În urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și algoritmului de calcul asociat respectiv a metodologiei de calcul de aplicare a punctajelor obținute pentru ofertele admisibile, așa cum a fost stabilit în documentația de atribuire și detaliat conform celor de mai sus, în baza ofertelor depuse de SA și SA, comisia de evaluare a stabilit clasamentul după cum urmează:

Elementele criteriului de atribuire	Denumire oferta	Punctaj	Clasament
Pretul	 SA	90	Locul 1
Termenul de garantie		10	
Punctaj total SA		100,00	
Pretul	 SA	87,80	Locul 2
Termenul de garantie		0	
Punctaj total SA		87,80	

Urmare avizului conform necondiționat nr. 18257/1514/CN1034503/ AC/25.01.2022 emis de ANAP, cu privire la procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice prin care membrii comisiei de evaluare au stabilit că ofertele depuse de SA și SA sunt admisibile, s-a continuat evaluarea ofertei depuse prin finalizarea acesteia în SEAP cu marcajul admis.

Prin adresa nr. 103/100/03.02.2022, ... SA a transmis documentele suport/justificative actualizate, prin intermediul SEAP la Secțiunea „Întrebări” integral în secțiunea corespunzătoare respectivei solicitări, sub forma unor documente/fișiere distincte, semnate cu semnătură electronică extinsă, înregistrată la entitatea contractantă cu nr. DA2/156/03.02.2022.

Comisia de evaluare a analizat documentele suport/dovezile prezentate de SA pe baza informațiilor prezentate, precum și a documentelor justificative actualizate transmise în urma solicitării acestora, conform proces-verbal privind evaluarea documentelor-suport

depusă de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. DA2/5/182/09.02.2022.

Conform procesului-verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. DA2/5/182/09.02.2022, în urma verificării documentelor justificative/suport transmise odată cu oferta precum și a documentelor justificative/suport actualizate transmise, în susținerea informațiilor din DUAE, comisia de evaluare a concluzionat că SA prin documentele justificative/suport transmise a demonstrat informațiile preliminare din DUAE.

În urma transmiterii către ANAP a propunerii de raport al procedurii de atribuire, în data de 11.02.2022, ANAP a încărcat în SEAP Avizul conform necondiționat nr. 18257/2983/CN1034503/AC/10.02.2022, cu privire la concluziile comisiei de evaluare privind analiza documentelor suport pentru îndeplinirea criteriilor de calificare prezentate de către ofertantul ce urmează a fi declarat câștigător în urma aplicării criteriului de atribuire, concluziile incluse în raportul procedurii de atribuire, precum și neconformitățile remediate de la momentul inițierii controlului ex-ante.

Urmare avizului conform necondiționat emis de ANAP și mai sus menționat, pe baza criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, în urma procesului de evaluare, prin aprobarea de către conducătorul entității contractante a raportului procedurii nr. DA2/5/206/14.02.2022, a fost declarat ofertant câștigător, ... SA.

În data de 15.02.2022, ANAP a emis avizul conform necondiționat nr. 18257/3261/CN1034503/AC/15.02.2022, referitor la concluziile finale cuprinse în raportul procedurii.

..... a înștiințat operatorii economici participanți la procedură, ... SA și SA, prin publicarea raportului procedurii de atribuire nr. DA2/5/206/14.02.2022 prin intermediul platformei electronice.

În data de 15.02.2022 au fost înștiințați operatorii economici participanți la procedură cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, prin generarea și publicarea comunicărilor prin intermediul platformei electronice, după cum urmează:

- prin adresa nr. DA2/5/210/15.02.2022, ... SA;
- prin adresa nr. DA2/5/211/15.02.2022, ... SA.

În data de 18.02.2022, menționează că SA a solicitat acces la dosarul achiziției. Prin adresa nr. DA2/1/233/18.02.2022, a dat curs solicitării, iar în data de 21.02.2022, ... SA s-a prezentat la sediul în vederea consultării dosarului de achiziție.

Referitor la solicitarea „în principal” a contestatoarei sub aspectul obligării entității contractante la reevaluarea ofertei depuse de SA, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale invocate prin prezenta contestație și, pe cale de consecință, la constatarea inadmisibilității acesteia, solicită să fie respinsă ca neîntemeiată, deoarece afirmațiile contestatoarei în tot cuprinsul contestației depuse, sunt tendențioase și lipsite de argumente pertinente sau probe concludente.

Cu privire la susținerile contestatoarei în sensul ca garanția de participare depusă de SA nu respectă cerințele documentației de atribuire și prevederile legale referitoare la constituirea acesteia, consideră că trebuie respinse pentru următoarele motive:

Astfel, în cadrul documentației de atribuire - fișa de date a achiziției, la secțiunea III.1.6.a) – Garanția de participare, a preluat prevederile art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016, aspect necontestat de SA.

..... SA a constituit garanția de participare prin Scrisoarea de garanție de participare emisă de Finance One IFN SA.

Conform procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc nr. DA2/5/1698/17.11.2021, la analiza garanției de participare depusă de SA, însă, s-a ținut seama și de toate celelalte prevederi imperative ale art. 42 din HG nr. 394/2016, în raport cu care s-ar fi putut realiza încadrarea ofertei ca admisibilă, astfel:

- Scrisoare de garanție de participare la licitație nr. 202111046ONE din 02.11.2021, emisă de FINANCE ONE IFN SA, în valoare de 274.350 lei, valabilă până la 08 Februarie 2022;

- În conținutul Scrisorii de garanție se precizează că: *„ne obligăm în mod irevocabil și necondiționat față de să plătim suma de 274.350 lei la prima sa cerere scrisă, pe baza declarației acesteia cu privire la culpa persoanei garantate/Ofertantului”* precum și că: *„Plata se va face de către noi în termenul menționat în cererea de plată și fără nicio altă formalitate suplimentară din partea”*.

În acest sens, s-a constatat faptul că SA a constituit garanția de participare în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire, fiind respectate în totalitate, prevederile art. 42 din HG nr. 394/2016.

Respectarea prevederilor 42 alin. (4) din HG nr. 394/2016, rezultă din conținutul Scrisorii garanției de participare, fiind astfel respectate prevederile art. 42 alin. (3) și (4) din Normele metodologice.

Faptul ca Scrisoarea de garanție de participare a fost emisă de o societate financiară nebancară a fost analizată, pentru declararea ca admisibilă a ofertei, și prin raportare la interdicția stabilită în sarcina entității contractante de prevederile imperative ale art. 42 alin. (5) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Mai mult decât atât, Consiliul trebuie să aibă în vedere și faptul că la o simplă verificare al Registrului General al Instituțiilor Financiare Nebancare al Băncii Naționale a României, pe site-ul <https://www.bnr.ro>, rezultă că IFN ONE FINANCE este înscrisă în Registrul General al IFN-urilor active la data de 28.02.2022, sub nr. RG-PJR-41-110104 din data de 25.04.2007, cu următoarele activități de creditare: „Credite consum, Credite ipotecare/imobiliare, Microcreditare, Finanțare tranzacții comerciale, Factoring, Scontare, Forfetare, Emitere garanții”, conform Anexei nr. 2 la prezentul punct de vedere.

Pe cale de consecință, având în vedere prevederile art. 42 alin. (5) lit. b) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare nu avea un motiv întemeiat de declarare a ofertei ca inadmisibilă sub aspectul faptului că Scrisoarea de garanție de participare a fost emisă de o instituție financiară nebancară, întrucât decizia comisiei ar fi intrat în contradicție cu 42 alin. (5) lit. b) din HG nr. 394/2016.

Practica invocată de către contestatoare, respectiv decizia CNSC publicată sub BO2017_4013 și Decizia Curții de Apel Oradea nr. 662/CA/2021 din 10.09.2021, entitatea contractantă apreciază că nu este relevantă, nefiind situații identice cu cea din speță dedusă analizei, întrucât nici CNSC și nici instanța de judecată nu au fost sesizate sub aspectul coroborării prevederilor art. 42 alin. (1) și alin. (5) lit. b) din HG nr. 394/2016, astfel încât cele două foruri să fie puse în situația de a motiva cum înțeleg să aplice aceste prevederi legale.

Nici trimiterea la Notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) postată pe site-ul acestei instituții la 10.01.2022, nu este relevantă în prezenta cauză, întrucât ANAP subliniază faptul că instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit, aspect pe care entitatea contractantă nu l-a contrazis, dar nu clarifică în niciun fel raportul dintre aplicarea prevederilor art. 42 alin. (1) și art. 42 alin. (5) lit. b) din Normele metodologice.

De asemenea, nu este relevantă pentru admiterea de către CNSC a acestei critici, nici descrierea de către contestatoare a unei alte situații care privește constituirea garanției de bună execuție, iar nu de participare, într-un alt contract de achiziții de servicii de Revizie tip R8 încheiat cu SA.

Susținerea de către contestatoare a faptului că Suport Real IFN a refuzat plata sumei privind reținerea garanției de bună execuție și dosarul înregistrat pe rolul Tribunalului cu nr. 31051/3/2019, prin care CFR CĂLĂTORI a solicitat obligarea instituției financiare nebancare la îndeplinirea obligației, nu trebuie să inducă în eroare CNSC în sensul că

instanța, pentru respingerea cererii, ar fi motivat sub aspectul faptului că Suport Real IFN nu are calitatea de instituție de credit și nu ar fi avut calitatea de emitent al instrumentului de garantare.

În ceea ce privește precizarea contestatarei SA cu privire la situația de excludere a SA reglementată de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr.99/2016.

În vederea motivării încadrării în situația de excludere prevăzută de art. 180 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea expune, într-un mod subiectiv și de natură să inducă în eroare cu privire la aplicarea motivului de excludere, o situație a derulării contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 încheiat în baza acordului-cadru nr. 7/20.02.2018 cu SA, având ca obiect servicii Revizie tip R8 la automotoare Desiro SR20D-Revizie Capitala și alte servicii constatate pe fluxul tehnologic în prezenta recepției CFR.

Entitatea contractantă precizează că acordul-cadru nr. 7/20.02.2018 având ca obiect servicii de „Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR20D – Revizie Capitala și alte servicii constatate pe fluxul tehnologic în prezența Recepției CFR” a fost atribuit, conform Legii nr. 99/2016 și a fost încheiat cu ofertantul declarat câștigător, respectiv SA, pentru o durată de 48 de luni.

În baza acordului-cadru mai sus menționat, s-a încheiat Contractul subsecvent sectorial de servicii nr. 46/20.02.2018, prin care s-au contractat 12 servicii de la poz. 1- Serviciile de revizie capitală de tip R8 din anexa nr. 3 la acordul cadru, pentru 12 automotoare.

Valabilitatea contractului subsecvent a încetat, prin ajungere la termen, la data de 30.06.2019.

La momentul expirării duratei de valabilitate a contractului subsecvent erau reparate și livrate către un număr de 6 automotoare din cele 12 care au făcut obiectul acestuia, societatea reparatoare nefinalizând reparațiile pentru celelalte 6 automotoare.

În perioada de valabilitate a contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 și în legătură cu realizarea serviciilor de revizie tip R8 care face obiectul acestuia, s-au încheiat și alte contracte subsecvente având ca obiect efectuarea altor servicii constatate pe fluxul de reparație de la poz. 2-176 din anexa 3 la acordul-cadru nr. 7/20.02.2018.

Astfel, au fost încheiate contracte subsecvente având ca obiect alte servicii constatate pe fluxul de reparație încheiate în legătură cu realizarea serviciilor de reparație de revizie capitală de tip R8 care fac obiectul contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 atât pentru automotoarele care au fost reparate și livrate, dar și pentru automotoarele care au fost reparate parțial până la încetarea contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 și nelivrate

Avându-se în vedere că serviciile de reparații pentru cele 6 automotoare nepredate au fost realizate parțial de către SA, față

de faptul că acesta a susținut că nefinalizarea acestor servicii s-a datorat și culpei entității contractante, pentru dovedirea faptelor și a eventualei vinovați, părțile s-au adresat instanțelor de judecată competente.

Astfel, situația prezentată fragmentat și generic de contestatoare în contestație cu privire la sumele de recuperat de de la SA este derivată doar din contractul subsecvent nr. 46/20.02.2018 și din contractele subsecvente încheiate pentru servicii suplimentare constatate pe fluxul de reparație care fac obiectul serviciilor din acordul-cadru nr. 7/20.02.2018 pentru serviciile de la poz. 2-176 din anexa 3, aferente contractelor subsecvente nr. 273/2018, nr. 270/2018, nr. 377/2018, nr. 283/2018, nr. 300/2018 și nr. 301/2018, încheiate în legătură cu realizarea serviciilor de revizie tip R8 care fac obiectul contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018, ceea ce formează, începând cu anul 2019, obiectul litigiului aflat pe rolul Tribunalului - dosar nr. 38742/3/2019 (la care au fost conexate dosarul nr. 11473/299/2020 de pe rolul Judecătoriei și dosarul nr. 104973/2020 de pe rolul Tribunalului)

Contractele subsecvente nr. 273/2018, nr. 270/2018, nr. 377/2018, nr. 283/2018, nr. 300/2018 și nr. 301/2018, reprezintă, în fapt, contractele subsecvente având ca obiect alte servicii constatate pe fluxul de reparație încheiate în legătură cu realizarea serviciilor de revizie tip R8, care fac obiectul contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018, pentru automotoarele a căror reparate nu a fost finalizată și care nu au fost predate

Referitor la situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, contestatoarea susține că informațiile care dovedesc abaterea profesională gravă ar fi informațiile din mediul public despre executarea contractului subsecvent nr. 46/20.02.2018 și a celorlalte contracte subsecvente încheiate în legătură cu executarea acestuia.

Astfel, entitatea contractantă apreciază că informațiile de mediul public invocate de contestatoare drept dovadă pentru aplicarea acestui motiv de excludere nu pot reprezenta probe sustenabile pentru o entitate contractantă în vederea aplicării motivelor de excludere stabilite de art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă susține că nu a avut și nici nu are cunoștință despre existența unui acord încheiat de SA cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței în sensul celor arătate de contestatoare.

În ceea ce privește situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă arată că nu are temei pentru aplicarea prevederilor precizate.

Referitor la precizările contestatarei cu privire la evaluarea superficială a ofertei SA, ... consideră că sunt neîntemeiate pe baza următoarelor considerente:

În demonstrarea cerinței din documentația de atribuire – Secțiunea I - Fișa de date a achiziției la cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, ... SA a precizat, conform informațiilor din DUAE – CRITERII DE SELECTIE - partea C – Capacitatea tehnică și profesională art. 58 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE, următoarele:

Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D

Valoare: 11.310.000 lei

Data început: 20/02/2018

Data sfârșit: 30/06/2019 Beneficiari:

Totodată, ... SA a depus în cadrul ofertei, o listă cu principalele prestări de servicii din ultimii 6 ani în care declară că a avut încheiat cu SNTFC CFR Călători SA contractul nr. 46/02.02.2018 având ca obiect „Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala” în baza căruia a fost prestat serviciul de „Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala” la un număr de 6 automotoare Desiro SR 20D.

Conform procesului-verbal intermediar nr. DA2/5/119/28.01.2022 încheiat cu ocazia verificării documentelor suport/justificative încărcate împreună cu oferta, s-a solicitat ca SA să transmită documentele suport/justificative care probează îndeplinirea criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Prin adresa înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 103/100/03.02.2022, ... SA, pentru a demonstra efectuarea „serviciilor de Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala” la cele 6 automotoare, a transmis procesele-verbale de recepție definitive pentru cele 6 automotoare Desiro SR 20D încheiate între S..... SA ca prestator și, prin Recepția MR ca beneficiar.

Conform procesului verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. DA2/5/182/09.02.2022, în urma verificării și analizării documentelor justificative/suport în susținerea informațiilor din DUAE, cu privire la experiența similară, comisia de evaluare a concluzionat că SA a făcut dovada că are experiență similară, având în vedere că a prestat, conform cerinței din documentația de atribuire, „servicii similare”, acestea reprezentând „servicii de revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – revizie capitală”.

Prin prezentarea proceselor-verbale de recepție încheiate în baza contractului nr. 46/20.02.2018 având ca obiect Revizie tip R8 la

automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala se demonstrează că SA a efectuat servicii de revizie tip R8 la automotoarele DESIRO SR 20D – revizie capitală la un număr de 6 automotoare Desiro SR 20D, conform cerinței din documentația de atribuire – fișa de date a achiziției cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, conform căreia: „Cerința se va considera îndeplinită prin prezentarea de diverse justificări precum: recomandări, procese-verbale de recepție, documente constatatoare, etc.”, precum și „Serviciile sunt considerate îndeplinite prin prezentarea de dovezi pentru servicii recepționate la sfârșitul perioadei de prestare”.

Fiecare proces-verbal de recepție definitiv pentru un automotor Desiro SR 20D confirmă efectuarea recepției tehnice finale după efectuarea serviciului de Revizie de tip R8 la automotor Desiro SR 20D, ceea ce din punct de vedere tehnic înseamnă confirmarea efectuării următoarelor:

- realizarea tuturor serviciilor din cadrul Reviziei de tip R8 la un automotor Desiro SR 20D prevăzute în caietul de sarcini elaborat de;
- realizarea tuturor serviciilor de reparații suplimentare constatate pe fluxul tehnologic în cadrul Reviziei de tip R8 la un automotor Desiro SR 20D, servicii confirmate de - prin Recepția MR, care nu au fost incluse în caietul de sarcini de Revizie tip R8;
- respectarea specificației tehnice cod ST R8 Desiro elaborată de SA, avizată de și Autoritatea Feroviară Română, specificație care a stat la baza obținerii Certificatului de Conformitate pentru Funcții de Întreținere eliberat de Autoritate de Siguranță Feroviară Română prin care a stabilit capabilitatea acestui operator economic de a efectua serviciul de „Revizie tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D;
- realizarea tuturor încercărilor, probelor și confirmarea efectuării și conformității lor cu documentația de referință prin semnarea - protocoalelor de încercări și verificări de către reprezentanții, protocoale elaborate conform specificației cod SR R8 Desiro;
- respectarea tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini și în propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii în urma desfășurării și declarării acestuia ca ofertant câștigător.

Față de cele menționate, consideră că, comisia de evaluare a evaluat corect documentele justificative/suport referitoare la informațiile din DUAE cu privire la experiența similară a SA, evaluare care a fost făcută cu respectarea cu strictețe a cerințelor din documentație de

atribuire fără a ocoli nicidecum informații care ar fi putut atrage respingerea ofertei SA.

De altfel, ține să sublinieze, că la stabilirea cerinței „Serviciile sunt considerate îndeplinite prin prezentarea de dovezi pentru servicii recepționate la sfârșitul perioadei de prestare”, entitatea contractantă a avut în vedere demonstrarea de către operatorul economic participant în procedură că a efectuat servicii de revizie tip R8 la automotoarele DESIRO SR 20D – revizie capitală, la cel puțin un automotor, ținând cont de explicitarea noțiunii de experiență similară respectiv, *„Sintagma „servicii similare” se refera la servicii de Revizie de tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitală sau la Servicii de reparație tip RR/RG la un automotor similar automotorului Desiro SR 20D.*

Prin automotor similar automotorului Desiro SR 20D se înțelege automotor diesel apt să circule cu viteza de 120 km/h dotat cu: cuple automate, instalație de climatizare, instalație sanitară dotată cu WC ecologic, transmisie mecanică cu atacuri de osie, respectiv, instalații de: frână, ușii acces automate, climatizare, tracțiune și sanitară asistate de calculator”.

Față de cele argumentate mai sus, în susținerea demonstrării ca operatorul economic SA a dovedit experiența similară în efectuarea de Revizie de tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitală, prin prezentarea de procese-verbale de recepție conform solicitării entității contractante, entitatea contractantă precizează ca orice proces-verbal de recepție vizează cantități și nu valori, iar prin aceste procese-verbale de recepție prezentate, se confirmă serviciile de Revizie de tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitală, servicii recepționate la sfârșitul perioadei de prestare.

Toate procesele-verbale de recepție depuse în susținerea informațiilor din DUAE, sunt aferente automotoarelor la care s-a efectuat Revizie de tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitală în baza contractului nr. 46/20.02.2018, încheiat între și SA, celelalte contracte invocate de SA, în intenția de a face mărturii tendențioase, sunt contracte care au ca obiect efectuarea serviciilor suplimentare constatate necesar a se efectua ca urmare a reparațiilor efectuate în baza contractului nr. 46/20.02.2018, servicii incluse în Anexa nr. 3 a caietului de sarcini, anexa la contractul nr. 46/20.02.2018.

Referitor la precizarea contestatarei că „Măsura adoptată de entitatea contractantă cu privire la declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei SA prezintă indicii clare de nelegalitate”, coroborat precizarea „evaluarea superficială a ofertei SA”, menționează că, în cadrul ofertei, ... SA a depus propunerea tehnică în SEAP în format pdf – numerotate paginile documentului fiind de la 1-67, semnată cu semnătură electronică extinsă.

Pentru demonstrarea conformității serviciilor care urmează a fi prestate cu cerințele prevăzute în caietul de sarcini, ... așa cum a precizat mai sus, prin documentația de atribuire a solicitat ofertanților prezentarea unui comentariu articol cu articol în care să fie prezentat modul de respectare a cerințelor caietului de sarcini, respectiv a modului în care va fi realizată fiecare lucrare din Anexele nr. 2 și nr. 3 ale caietului de sarcini.

Referitor la precizarea contestatoarei „CFR a declarat câștigătoare oferta SA, în pofida faptului că există o discrepanță majoră între ofertele depuse de SA și SA în procedură”, precizează următoarele:

Conform solicitării din fișa de date a achiziției, la Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, având în vedere și Formularul 5 – Formular de propunere tehnică pus la dispoziție de către entitatea contractantă în cadrul Secțiunii Formulare, în cadrul comentariului articol cu articol depus de SA prin propunerea tehnică depusă, a descris modul de îndeplinire a fiecărei cerințe a caietului de sarcini, comentând astfel fiecare articol al caietului de sarcini.

Totodată, ... SA, în cadrul propunerii tehnice depuse, a încărcat Formularul de propunere tehnică în care a descris modul de îndeplinire a fiecărei cerințe a caietului de sarcini, comentând astfel, fiecare articol al caietului de sarcini.

Atât, ... SA, cât și SA au transmis în cadrul propunerilor tehnice, Formularul 5 – Formular de propunere tehnică prin care și-au asumat în totalitate prevederile caietului de sarcini și a nomenclatorului de lucrări, conform cerințelor din documentația de atribuire.

În demonstrarea celor de mai sus, entitatea contractantă a anexat la prezentul punct de vedere Matricea comparativă a propunerilor tehnice depuse de către SA și SA în raport cu cerințele din caietul de sarcini nr. DT6/07/482/2021 - varianta a.

De altfel, ține să evidențieze faptul că, comisia de evaluare a efectuat evaluarea fiecărei propuneri tehnice raportat la respectarea cerințelor solicitate prin fișa de date și caietul de sarcini.

Comisia de evaluare a respectat principiile stipulate de legislația în vigoare, implicit principiul transparenței și tratamentul egal și a apreciat că prin propunerile tehnice depuse, cei 2 ofertanți și-au asumat totalitatea cerințelor minime obligatorii impuse prin caietul de sarcini fiind aplicabile prevederile art. 139 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016. Totodată, ... precizează că nu a avut ca și criteriu/cerință/condiție,

analizarea/evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților raportate una la alta.

Totodată, în urma unei simple analize a matricei comparative anexate, reiese în mod clar că, critica contestatoarei „Oferta SA este neconformă și inacceptabilă....”, este neîntemeiată, având în vedere că legiuitorul a stabilit prin prisma prevederilor art. 143 alin. (3) din HG nr. 394/2016, potrivit căruia: „În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”, ceea ce în cazul propunerii tehnice depuse de SA nu au fost constatate cerințe ale caietului de sarcini pe care aceasta să nu le fi satisfăcut corespunzător.

Simplele greșeli de redactare sau erori de numerotare a capitolelor nu conduce la respingerea unei propuneri tehnice ca fiind neconformă.

În mod clar rezultă că nu există motive de declarare a neconformității ofertei SA prin motivele invocate de SA.

Față de cele menționate, având în vedere procesul de evaluare al propunerii tehnice depuse de SA, desfășurat cu respectarea prevederilor legale în vigoare cu privire la achizițiile sectoriale, în special cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor, proces de evaluare detaliat în procesul-verbal nr. DA2/5/28/11.01.2022 privind evaluarea conformității propunerii tehnice, cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare și anexele aferente, precizează că, comisia de evaluare a procedat în mod corect la evaluarea propunerii tehnice depuse, la analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări, precum și la luarea deciziei de admitere a acesteia, având în vedere că propunerea tehnică depusă de SA corespunde cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini nr. DT6/07/482/2021-varianta a – „Serviciul Revizie tip R9 la automotoarele DESIRO SR 20 D – Revizie Capitală”, aceasta fiind conformă.

Referitor la precizarea contestatoarei cu privire la faptul că „Entitatea contractantă a evaluat în mod superficial oferta SA și a ignorat o serie de elemente vădite de inadmisibilitate ale acestei oferte”, coroborat cu criticile în ceea ce privește propunerea tehnică, precizează următoarele:

Noțiunea de „neconformitate” înseamnă, așa cum este prevăzut în definiția din literatură de specialitate - neîndeplinirea unei cerințe; neconformitatea poate fi orice abatere de la: cerințele legale, cerințele caietelor de sarcini, cerințele de realizare ale produsului, standarde aplicabile, proceduri.

Însă, pe parcursul procesului de evaluare a propunerilor tehnice depuse, comisia de evaluare a constatat necesitatea solicitării de clarificări identificate a fi necesare pe durata procesului de evaluare, astfel:

Conform procesului-verbal intermediar nr. DA2/5/1917/17.12.2021, în urma evaluării propunerii tehnice depuse de SA și a documentelor suplimentare identificate în oferta prezentată, în raport cu cerințele minime din caietul de sarcini nr. DT6/07/482/2021-varianta a – „Serviciul Revizie tip R9 la automotoarele DESIRO SR 20 D – Revizie Capitala”, și având în vedere și răspunsul consolidat la solicitările de clarificări înregistrat sub nr. DA2/5/1454/06.10.2021 publicat în data de 06.10.2021 la anunțul de participare, clarificări solicitate cu privire la documentația de atribuire, în baza prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu prevederile art. 69 alin. (1) din HG nr. 394/2016, prin adresa nr. DA2/5/1918/17.12.2021, s-au solicitat clarificări.

Până la termenul limită de transmitere a răspunsurilor la solicitările de clarificări, prin adresa nr. 103/1168/21.12.2021, înregistrată la entitatea contractantă sub nr DA2/1940/21.12.2021, ... SA a transmis prin intermediul SEAP la Secțiunea „Întrebări”, integral în secțiunea corespunzătoare respectivei solicitări, semnat cu semnătura electronică extinsă, răspunsul la solicitarea de clarificare.

Comisia de evaluare a constatat că răspunsul la solicitarea de clarificare a fost transmis în termenul solicitat, iar în urma analizării acestuia s-a constatat că SA a clarificat îndeplinirea cerinței minime din caietul de sarcini, răspunsul fiind concludent și a fost acceptat de către comisia de evaluare.

Referitor la solicitarea de clarificare cu privire la asumarea Riscului identificat/pericol asociat precizat prin caietul de sarcini, referitor la daune interese aduse „prestatorului”, respectiv, „entității contractante”, cu atât mai mult este neîntemeiată critica contestatoarei, deoarece SA, prin depunerea în cadrul ofertei a „Declarației de acceptare a condițiilor contractuale”, declarație depusă conform Formularului 2 din Secțiunea Formulare, ... SA și-a asumat în totalitate o dată cu depunerea ofertei prin aceasta declarație, toate clauzele contractuale inclusiv cele referitoare la daune interese aduse „prestatorului”, respectiv, entității contractante”, conform prevederilor art. 14. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor din modelul de contract.

Totodată, prin răspunsul la solicitarea de clarificare, ... SA nu și-a modificat propunerea tehnică depusă, ci doar a clarificat cerințele caietului de sarcini.

De altfel, evidențiază că nici la evaluarea propunerii tehnice depuse, atunci când a stabilit necesitatea solicitării de clarificări și nici la analiza

răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare nu a constatat existența niciunui motiv de încadrare a acestor solicitări de clarificări în situații de neconformitate.

Mai mult decât atât, completarea informațiilor cuprinse în propunerea tehnică prin răspunsurile la solicitările de clarificări transmise de SA nu poate fi sancționabilă cu respingerea ca neconformă/inacceptabilă a ofertei în litera și spiritul principiilor care guvernează atribuirea contractelor de achiziție sectorială.

Pe cale de consecință, prin răspunsurile la solicitările de clarificări SA nu a modificat propunerea tehnică depusă, ci doar a clarificat/completat informațiile prezentate în propunerea tehnică cu raportare la modul de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini și nomenclatorul de lucrări.

De altfel, ... SA nu a identificat în mod clar un astfel de caz, afirmațiile sale fiind nefundamentate.

Analizând toate documentele procedurii, se constată faptul că și în acest caz afirmațiile contestatarei sunt nereale, fără a avea la bază vreun document care să justifice afirmațiile.

Referitor la precizarea contestatoarei că i-a fost comunicată o singură solicitare de clarificări față de multiplele solicitări de clarificări de către entitatea contractantă către SA precizează că:

La data accesării ofertelor depuse, odată cu descărcarea și printarea ofertei depuse de SA la imprimarea documentelor de calificare – FISIER 1 care conținea un număr de 141 file, dintr-o eroare tehnică nu au fost printate 2 file care reprezentau:

- Declarația privind acordul prelucrării datelor cu caracter personal, pentru TOMONI Vizante-Dumitru;
- Declarația privind acordul prelucrării datelor cu caracter personal, pentru HIRBU Claudiu.

În urma analizei documentelor de calificare încărcate de SA prin procesul verbal intermediar nr. DA2/5/1666/11.11.2021, comisia de evaluare a solicitat ca aceasta să transmită cele două declarații mai sus menționate.

Până la data limită de transmitere a documentelor solicitate, ... SA a încărcat documentele solicitate prin adresa nr. 2527/11.11.2021.

În urma analizării acestora, comisia de evaluare a constatat că au fost transmise și elaborate conform formularelor din documentația de atribuire – Secțiunea Formulare, acestea fiind acceptate.

Cu privire la precizarea contestatoarei referitoare la oferta depusă de SA, cum că ar fi preluat ca atare cerințele caietului de sarcini, fără a prezenta în detaliu modul de respectare a acestora și a întocmit o ofertă tehnică lipsită de coerență, reiterează cele menționate anterior, și precizează că, așa cum recunoaște și contestatoarea, în cadrul formularului de propunere tehnică depuse de SA și comisia de

evaluare a constatat anumite erori de tehnoredactare (erori materiale), numerotări greșite ale unor capitole/subpuncte ale caietului de sarcini, erori/omisiuni pe care comisia de evaluare nu le-a considerat necesar a fi clarificate cu operatorul economic, deoarece aceste erori nu prezintă relevanță în analizarea descrierii modului de realizare al serviciului respectiv și nu modifică propunerea tehnică în raport cu solicitările caietului de sarcini.

Referitor la precizarea contestatoarei, cum că propunerea tehnică depusă de SA nu conține liste de standuri, liste de fișe de măsurători, lista de tehnologii, diagrama și flux tehnologic, lista personalului autorizat, precizează că, prin documentația de atribuire Secțiunea III – Caiet de sarcini nr. DT6/07/482/2021-varianta a – „Serviciul Revizie tip R9 la automotoarele DESIRO SR 20 D – Revizie Capitala” la cap. 2.6. - Cerințe privind asigurarea calității se precizează că: „..... - Societatea reparatoare va prezenta pentru asigurarea cerințelor privind asigurarea calității reparației planificate, următoarele: - Declarație scrisă pe proprie răspundere din care să reiasă că dispune de personal calificat și autorizat pentru procese speciale (sudura, CUS, etc)”;

SC SA, pentru respectarea acestor cerințe, prin Formularul de propunere tehnică, a precizat: „..... SA prezintă, pentru asigurarea cerințelor privind asigurarea calității reparației planificate, următoarele declarații:

- declarație scrisă pe proprie răspundere din care să reiasă că dispune de personal calificat și autorizat pentru procese speciale (sudură, CUS etc.);
- declarație scrisă din care să reiasă că dispune de dotări specifice procesului de reparație planificată (standuri, dispozitive etc.) atestate conform OMT 410/1999”.

În consecință, ... SA a îndeplinit această solicitare prin prezentarea declarațiilor solicitate, parte a ofertei depuse.

Totodată, precizează că nu a solicitat în mod expres documente/dovezi privind susținerea îndeplinirii cerințelor minime din caietul de sarcini, fapt ce reiese și din precizările Formularului 5 din cadrul Secțiunii Formulare, pus la dispoziția operatorilor economici interesați să depună oferta.

Deci, ... SA reclamă neprezentarea de informații, care nu au fost solicitate de către în cadrul procedurii de achiziție: liste de standuri, liste de fișe de măsurători, lista de tehnologii, diagrama și flux tehnologic, lista personalului autorizat (CUS), sudură, etc .

Astfel o serie din afirmațiile SA privind faptul că SA nu a prezentat în cadrul comentariului articol cu articol liste de standuri,

liste de fișe de măsurători, lista de tehnologii, diagrama și flux tehnologic, lista personalului autorizat (CUS, sudură, etc), nu au susținutabilitate din două motive foarte clare:

- a) nu au fost solicitate prin cerințele documentației de atribuire;
- b) nu fac obiectul analizei, având în vedere că acestea au făcut obiectul certificării societății pentru efectuarea funcției de întreținere de către sigurul organism notificat din ..., care are aceste atribuții conferite de legislație.

Cu privire la listele de standuri, liste de fișe de măsurători, lista de tehnologii, diagrama și flux tehnologic, lista personalului autorizat (CUS, sudură, etc.) cod/denumire de stand sau de fișe de măsurători sau tehnologie, etc. ce fac parte din documentația aferentă obținerii certificării pentru serviciul de revizie de tip R9 – iar, atât SA, cât și SA s-au încadrat la data depunerii ofertei la tipul de societate, depunând Certificatul pentru funcția de efectuare a întreținerii/Certificatului de conformitate pentru funcții de întreținere pentru: Serviciul de Revizie de tip R8 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala sau pentru Reparație tip RR/RG la un automotor similar automotorului Desiro SR 20D, însoțit de cele două declarații pe proprie răspundere.

..... SA și SA, prin declarațiile depuse, au declarat că se angajează ca până la semnarea primului contract subsecvent vor face dovada că au întreprins toate diligențele în vederea obținerii Certificatului de conformitate pentru funcții de întreținere pentru Serviciul de Revizie de tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala, respectiv că au depus la AFER toată documentația (inclusiv Specificată avizată de, necesară obținerii Certificatului de conformitate pentru funcții de întreținere pentru Serviciul de Revizie de tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D – Revizie Capitala.

Referitor la precizarea contestatoarei cu privire la măsura adoptată de entitatea contractantă cu privire la declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei SA ce prezintă indicii clare de nelegalitate, coroborat cu argumentarea în referire la evaluarea superficială a ofertei SA, ... apreciază că sunt neîntemeiate pentru motivele de mai jos:

Conform solicitării din documentația de atribuire – Fișa de date a achiziției, Secțiunea I - IV.4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare, ... SA a încărcat până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare și erată, respectiv, data de 08.11.2021, ora 15:00, propunerea financiară sub forma unor documente/fișiere distincte, semnate cu semnătură electronică extinsă, în format PDF și în format editabil (excel), a criptat în SEAP valoarea totală a propunerii financiare, respectiv valoarea de 148.191.597,80 lei,

conform solicitării din documentația de atribuire, cerință stabilită în baza prevederilor art. 67 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

Totodată, ... SA precizează prin propunerea financiară, că se angajează să mențină această ofertă valabilă pentru o durată de 90 (nouăzeci) zile, respectiv până la data de 08.02.2022 și poate fi acceptată oricând înainte de expirarea perioadei de valabilitate.

În continuare, prezintă prețul ofertat prin propunerea financiară de SA ce a fost evaluată de comisia de evaluare, întocmind-se astfel, procesul-verbal nr. DA2/5/75/20.01.2022:

i) Comisia de evaluare a constatat că propunerea financiară depusă de SA este corelată cu propunerea tehnică, prezentată și asumată în totalitate.

ii) În urma analizei propunerii financiare a SA, comisia de evaluare a constatat că nu au fost identificate erori aritmetice în cadrul propunerii financiare, drept pentru care rezultă faptul că a fost aplicată corect formula de calcul din documentația de atribuire – Secțiunea II – Secțiunea Formulare - Formular de propunere financiară, respectiv, „Formula de calcul: valoare alte servicii de reparații poziția 2÷167 = ROUND ((VL*K2÷167);2)” la varianta de licitație (VL), poziția 1.

iii) Încadrarea în valoarea estimată a achiziției, inclusiv sub aspectul posibilității disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea acordului-cadru, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor sectoriale.

iv) Asigurarea că prețul propus sau componente ale acestuia nu este/sunt neobișnuit de scăzut/scăzute în raport cu ce urmează a fi livrat/prestat/executat astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea acordului-cadru la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

În urma procesului de evaluare a propunerii financiare depuse de SA, comisia de evaluare a concluzionat principalele aspecte ale evaluării propunerilor financiare astfel:

- Propunerea financiară depusă este corelată cu propunerea tehnică depusă și asumată în totalitate;
- Nu au fost identificate erori aritmetice în cadrul propunerii financiare;
- Propunerea financiară se încadrează în valoarea estimată de entitatea contractantă și aprobată prin referatul de necesitate și oportunitate nr. DT3/4/616/29.07.2021 al Serviciului Modernizări Tracțiune;
- Valoarea totală ofertată nu este neobișnuit de scăzută în raport cu ce urmează a fi prestat astfel încât să nu se poată asigura îndeplinirea acordului-cadru la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul

de sarcini, acesta reprezentând un procent de 92,68 % din valoarea estimată.

Totodată, comisia de evaluare a constatat că SA și-a asumat durata de valabilitate a ofertei conform solicitărilor documentației de atribuire, respectiv 3 luni de la data depunerii acesteia.

Având în vedere criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și faptul că, în urma evaluării propunerii financiare, oferta depusă de SA a fost declarată admisibilă, în urma aplicării metodologiei de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare financiar „Preț” exprimat în puncte.

În cadrul etapei de evaluare a propunerii financiare, comisia de evaluare a întocmit o solicitare de clarificări identificată a fi necesară pe durata procesului de evaluare și a transmis-o ofertantului SA, solicitându-i să retransmită:

- Propunerea financiară completată în subsolul tabelului cu „NOTA: Valorile prețurilor unitare pentru Alte servicii de reparații constatate pe fluxul tehnologic în prezenta Recepția CFR la Revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D - Revizie Capitala se stabilesc astfel: Valoare prețuri unitare alte servicii de reparații poz. 2 $\div$ 167 = VL *K2 $\div$ 167 Formula calcul: Valoare prețuri unitare alte serv. de reparații poziția 2 $\div$ 167 = ROUND((VL *K2 $\div$ 167);2)”, conform cerințelor din documentația de atribuire – Secțiunea II – Secțiunea Formulare – Formular 6 - Formular de propunere financiară. Până la termenul limită de transmitere a răspunsului la solicitarea de clarificări, prin adresa nr. 103/50/18.01.2022, ... SA a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, retransmițând propunerea financiară completată, conform cerințelor din documentația de atribuire – Secțiunea II – Secțiunea Formulare – Formular 6 - Formular de propunere financiară.

În urma evaluării propunerii financiare și pe baza informațiilor prezentate de ofertantul SA în cadrul ofertei depuse, precum și în baza răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat că oferta depusă de SA este admisibilă.

Cu privire la precizarea contestatarei SA, potrivit căreia: „completarea propunerii financiare cu un element lipsă solicitat expres prin documentația de atribuire reprezintă o modificare a propunerii financiare,...”, face precizarea că nu este susținută, având în vedere că, prin completarea solicitată, nu s-a modificat nici un element din structura prețului ofertat și implicit propunerea financiară nu a fost modificată.

Urmare analizei propunerii financiare a rezultat că ofertantul a respectat și a aplicat corect formula de calcul a prețurilor unitare ofertate pentru „Alte servicii de reparații”, iar completarea cu „Nota” privind „Valorile prețurilor unitare pentru alte servicii de reparații constatate pe fluxul tehnologic în prezența Recepției CFR la Revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D - Revizie Capitala, se stabilesc astfel:

Valoare prețuri unitare alte servicii de reparații poz.2 ÷ 167 = VL
*K2÷167

formula calcul: Valoare prețuri unitare alte serv. de reparații, poz.2÷ 167 = ROUND((VL K2÷167);2)", a fost solicitată pentru respectarea modelului de prezentare a „Formularului de propunere financiară” și nicidecum nu s-a solicitat modificarea propunerii financiare.

Față de cele prezentate mai sus cu privire la evaluarea propunerii financiare depuse de SA, precizează că prin, răspunsul la solicitarea de clarificare, reiese foarte clar că nu a fost modificată propunerea financiară depusă inițial în ceea ce privește prețurile unitare și totale ofertate în cadrul propunerii financiare și nici valoarea totală a acordului-cadru, valoare criptată pe SEAP.

Totodată, susține că prin documentația de atribuire s-a solicitat respectarea formulei de calcul a prețurilor unitare ofertate pentru „Alte servicii de reparații ” și ofertantul a respectat aceasta cerință.

Așa cum este precizat și în procesul-verbal nr. DA2/5/75/20.01.2022 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, comisia de evaluare nu a constatat erori aritmetice sau calcule greșite ale prețurilor unitare sau totale ofertate care să fi condus la respingerea propunerii financiare depuse.

Reiterează că, prin inserarea „Note”, propunerea financiară nu a suferit modificări, elementul lipsă solicitat expres face referință la explicitarea modului în care au fost calculate prețurile unitare ofertate, metodologie impusă de entitatea contractantă, general valabilă pentru toți ofertanții interesați să participe la procedura de achiziție sectorială pentru achiziția serviciilor de Revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D - Revizie Capitala, metodologie respectată de cei 2 operatori economici ofertanți în procedură, motiv pentru care prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, nu sunt corect invocate.

Mai mult decât atât, legiuitorul a dat șansa ofertanților inclusiv de a-și putea corecta anumite elemente ale propunerii financiare ofertate inițial prin prisma prevederilor art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016.

Pe cale de consecință, precizează că, răspunsul la solicitarea de clarificări transmis de SA prin care a retransmis propunerea financiară precizând și nota cu privire la formula/algoritmul de calcul pe care a aplicat-o corect la elaborarea propunerii financiare, nu se încadrează nici în prevederea mai sus menționată, având în vedere că retransmiterea formularului de propunere financiară, nu poate fi încadrat

nici în contextul ca reprezentând: „...erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente”, deoarece și-a menținut în totalitate propunerea financiară depusă și criptată inițial.

Cu privire la precizarea contestatarei SA referitor la evaluarea superficială a ofertei SA, face precizarea că nu este concludent pentru situația de față, având în vedere că ambele valori ofertate au fost comparabile și s-au încadrat în prețul unitar estimat de către entitatea contractantă.

Totodată, menționează că, prețurile unitare ofertate în cadrul procedurii de către cei doi ofertanți au fost analizate raportat la prețul unitar estimat.

Față de cele prezentate, consideră că „amintirea cu titlu de exemplu a deciziei CNCS publicată sub BO2021_1189”, nu este comparabilă cu situația de față și precizează că analiza membrilor comisiei de evaluare nu a fost pur formală.

Referitor la precizarea contestatarei SA cum că, ... SA a încărcat două propuneri financiare în SEAP, susține că, așa cum a precizat și contestatoarea, comisia de evaluare a constatat după deschiderea Secțiunii propunere financiară că SA a încărcat de două ori:

Fișierul 4 – Propunere financiară-semnat.pdf.p7s

și

Formular de propunere financiară.xlsb-semnat.xlsx.p7s.

În urma deschiderii și verificării propunerilor financiare încărcate de SA atât format pdf, cât și formatul editabil, comisia de evaluare a constatat că acestea sunt identice valoarea totală a acordului-cadru precizată în formulare pdf, cât și în editabile este aceeași cu valoarea criptată pe SEAP.

Astfel, supune atenției Consiliului felul în care SA încearcă să inducă în eroare și să facă afirmații nefondate și neverificate cu privire la faptul că SA ar fi încărcat două propuneri financiare, având în vedere că, la vizualizarea dosarului achiziției pus la dispoziție în urma solicitării, reprezentanții împuterniciți ai SA nu au solicitat în mod concret, verificarea pe SEAP a propunerilor financiare încărcate de SA având în vedere că, prin adresa nr. 3845/18.02.2022, ... SA a solicitat: „....transmiterea pe e-mail la adresa.....documentele aflate în dosarul achiziției sectorială aferent procedurii de atribuire antementionat....”; și „în măsura în care entitatea contractantă se va afla în imposibilitate obiectivă de a transmite aceste documente în format electronic, respectuos vă solicităm să ne permiteți accesul la sediul dvs., la documentele din dosarul achiziției sectorială aferent procedurii de

atribuire antemenționat precum și eliberarea de copii ale acestor documente, la data de 21.02.2022”.

Un alt aspect contestat de SA se referă la faptul că documentele depuse în oferta SA, nu sunt numerotate, semnate și ștampilate, conform cerințelor documentației de atribuire, impunându-se respingerea ofertei drept inacceptabilă și neconformă, coroborat cu modul de prezentare a ofertei, entitatea contractantă precizează că SA a încărcat în SEAP, documente semnate și ștampilate.

Având în vedere cele mai sus menționate, comisia de evaluare susține că oferta depusă de SA se încadrează în situațiile menționate la art. 228 alin. (4) din Legea 99/2016, aceasta îndeplinind condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia.

Față de cele argumentate prezentate consideră că a combătut, în mod întemeiat, toate motivele în baza cărora SA a solicitat declararea inadmisibilă a ofertei SA și, având în vedere că o parte dintre aceste argumente sunt folosite de către contestatoare și pentru justificarea încălcării principiilor, rezultă că motivarea sa privitoare la pretinsa încălcare a principiilor tratamentului egal, principiului transparenței și principiul restricționării participării la procedura de atribuire este neîntemeiată, drept pentru care se impune respingerea acesteia.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /09.03.2022, ... SA, a formulat cerere de intervenție voluntară, solicitând încuviințarea de principiu a cererii de intervenție voluntară, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației promovate de SA și admiterea cererii de intervenție voluntară.

Precizează că, în urma finalizării evaluării ofertelor, oferta sa a obținut un punctaj de 100 de puncte, fiind clasată pe locul 1 în clasament, iar SA s-a clasat pe locul 2, obținând un total de 87,80 de puncte.

Analizând motivele invocate prin contestație, susține că motivele invocate de SA în contestație, se impun a fi respinse, iar în pofida întinderii voluminoase a actului de sesizare, caracterul nefondat al acesteia este indicată inclusiv de abordarea defectuoasă a unor concepte de bază în materia achizițiilor publice, de exemplu atunci, când se încearcă argumentarea caracterului inadmisibil al ofertei, în loc de utilizarea riguroasă a noțiunilor de ofertă „inacceptabilă” sau „neconformă”. Pe cale de consecință, se va referi doar la acele motive ale contestației care, într-o oarecare măsură, sunt argumentate în concret.

A. SA a constituit garanția de participare în mod regulamentar:

Prin fișa de date a achiziției, la Secțiunea III.1.6.a) „Garanția de participare”, s-a stabilit cerința, potrivit căreia ofertanții trebuie să constituie garanția de participare, în cuantum de 274.350 lei, prin virament bancar sau „printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii”.

În conformitate cu solicitarea entității contractante, a constituit garanția de participare prin „Scrisoarea de garanție de participare la licitație” nr. 202111046ONE din 02.11.2021, emisă de Societatea FINANCE ONE IFN SA.

Precizează că această procedură de atribuire, a făcut obiectul controlului ex ante realizat de ANAP, în condițiile stabilite de OUG nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii. Astfel, atât procesul-verbal de evaluare a garanției și a DUAЕ, cât și raportul procedurii, au fost avizate de către instituția cu rol de reglementare și control în domeniul achizițiilor publice, iar în concordanță și cu concluziile comisiei de evaluare, nu au fost invocate aspecte de neregularitate cu privire la forma constituirii garanției de participare.

În esență, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, contestatoarea susține că, oferta sa se impunea a fi respinsă pe motiv că, nu ar fi constituit garanția de participare în conformitate cu prevederile legale aplicabile. Mai exact, se susține că emitentul instrumentului de garantare, Societatea FINANCE ONE IFN SA, nu are calitatea de instituție de credit, astfel că, nu poate emite garanții de participare la procedurile de achiziție publice sectoriale.

Raportat la susținerile contestatoarei, intervenienta susține că a constituit garanția de participare în mod legal, poziție întărită, în special, de următoarele argumente:

- i) legea nu interzice în mod expres constituirea garanției de participare printr-un instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancaară;
- ii) emitentul poliței de asigurare este autorizat de BANCA NAȚIONALĂ A ROMÂNIEI să emite garanții și oferă aceste produse în mod curent pe piața de profit;
- iii) scopul garanției, acela de a proteja entitatea contractantă de o eventuală conduită necorespunzătoare din partea noastră, a fost atins prin prezentarea instrumentului de garantare;
- iv) emitentul instrumentului de garantare, s-a obligat în mod irevocabil și necondiționat, ca la prima cerere a entității contractante, să plătească suma înscrisă în instrumentul de garantare, dacă beneficiarul declară că

sunt întrunite condițiile uneia dintre cele 3 ipoteze avute în vedere la emiterea poliței;

v) ANAP a realizat controlul ex ante a procedurii de atribuire și a avizat lucrările comisiei de evaluare prin care a fost acceptată validitatea modului de constituire a garanției de participare. Totodată, în anul 2021, aceeași instituție, a emis o consiliere metodologică prin care a precizat că pot fi acceptate asemenea garanții, iar notificarea prin care se revine asupra acestei poziții, în orice caz a fost publicată doar în ianuarie 2022, după depunerea ofertelor în această procedură de atribuire;

vi) entitatea contractantă nu i-a solicitat clarificări cu privire la garanția de participare, astfel că, nu i s-a acordat posibilitatea remedierii eventualelor aspecte de formă ale instrumentului prezentat.

În susținerea poziției sale procesuale, intervenienta a detaliat argumentele enunțate anterior.

B. Evaluarea propunerii tehnice s-a făcut cu respectarea prevederilor legale, propunerea tehnică depusă îndeplinind toate cerințele documentației de atribuire:

Prin contestația promovată, se susține că oferta sa ar fi inacceptabilă și neconformă, deoarece nu ar respecta cerințele minime ale caietului de sarcini, că oferta ar fi fost modificată ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări și că răspunsurile la solicitările de clarificări ar fi fost neconcludente.

Aceste afirmații sunt formulate la nivel general, iar acolo unde contestatoare încearcă să ofere motive punctuale de neconformitate a ofertei, acestea sunt derizorii. Cu titlu de exemplu, primul motiv de neconformitate prezentat în tabelul din contestație, în opinia contestatoarei, este reprezentat de faptul că nu ar fi utilizat formularul de propunere tehnică publicat de entitatea contractantă. Contestatoarea ignoră faptul că modelele de formulare sunt orientative. Tot în aceeași manieră, contestatoarea arată că nu ar fi îndeplinit cerința din secțiunea 3.2.1. din caietul de sarcini, deoarece nu ar fi prezentat în propunerea tehnică faptul că „transportul până la (și de la) societatea reparatoare este asigurat de entitatea contractantă doar pe teritoriul României”. Susține că a prezentat în oferta sa unitățile de reparații ce se află în România.

În aceeași manieră, contestatoare insinuează că propunerea tehnică depusă este neconformă, deoarece la cantitatea anumitor repere este menționat semnul “≈”, ceea ce se interpretează că ar fi ofertat un număr aproximativ de repere și nu numărul exact solicitat.

Analizând modul de lucru al comisiei de evaluare, solicită Consiliului să observe că propunerea sa tehnică a fost analizată în mod complet, rezultatele evaluării fiind consemnată de către comisia de evaluare. De asemenea, clarificările primite, au fost formulate în limitele stabilite de lege, acestea având rol de clarificare și de confirmare a unor informații existente în ofertă, iar prin răspunsurile transmise, s-a răspuns la solicitările entității contractante, în așa fel încât oferta nu a fost modificată.

C. SA nu se află în situațiile de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016 și a demonstrat îndeplinirea informațiilor preliminare din DUAE:

Prin contestația promovată, ... SA insinuează că s-ar afla în situația de excludere vizând conduita profesională, deoarece s-ar fi fost încălcate în mod grav și repetat obligațiile asumate în alte contracte sectoriale.

Susține că a îndeplinit obligațiile asumate în temeiul acordului-cadru nr. 7/20.02.2018 încheiat cu aceeași entitate contractantă.

Astfel, în executarea contractelor subsecvente încheiate în temeiul acordului-cadru nr. 7/20.08.2018, au apărut anumite dificultăți, generate de conduita entității contractante, cu privire la anumite lucrări de reparații și recepționarea acestora. Entitatea contractantă, a înțeles să emite mai multe documente constatatoare, prin care a încercat să sancționeze pretinse încălcări contractuale din partea SA.

De altfel, precizează că aceste documente constatatoare nu sunt în vigoare, nefiind nevoie nici măcar de atacarea acestora în fața instanței de judecată, deoarece entitatea contractantă, în soluționarea plângerii sale prealabile, a procedat la revocarea acestora.

Mai mult, pentru rezolvarea fondului diferendului ivit, există un litigiu pe rolul Tribunalului, un litigiu având ca obiect obligarea, preluarea unor automotoare reparate de noi și la plata unor servicii de reparații. Cererea care inițial a făcut obiectul dosarului nr. 10497/3/2020, a fost conexat la dosarul Tribunalului nr. 38742/3/2019 și se află în faza administrării probatoriului.

Pe cale de consecință, consideră că sunt nefondate afirmațiile contestatoarei cu privire la motivele pentru care, automotoarele reparate de SA nu au fost preluate de către beneficiar.

Totodată, afirmațiile contestatoarei cu privire la existența unei preținse înțelegeri privind încălcarea normelor de concurență, deoarece din grupul nostru de societăți ar face parte și societatea SA, sunt neîntemeiate. Astfel, argumentul contestatoarei că întârzierea reparării automotoarelor este cauzată de dorința de avantajare a societății SA, care ar fi un concurent al entității contractante, sunt contrazise de modul în care sunt concesionate traseele feroviare și de modul de stabilire a compensației de serviciu public.

În ce privește modul de demonstrare a cerinței privind experiența similară, contestatoarea aduce critici cu privire la valoarea serviciilor de reparații menționate de SA în DUAE.

Această critică este neavenită, deoarece, prin fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a stabilit cerința privind experiența similară prin raportare la tipul serviciilor similare executate și nu raportat la un prag valoric al acestora.

Or, prin documentele doveditoare depuse ca urmare a solicitării entității contractante, menționează că a arătat că, în perioada de referință a realizat servicii de Revizie de tip R9 la automotoare Desiro SR 20D. Valoarea serviciilor este irelevantă, cât timp prin documentație nu a fost stabilit un prag valoric, iar documentele doveditoare demonstrează efectuarea și recepționarea serviciilor de revizie indicate.

Având în vedere argumentele de fapt și de drept prezentate, solicită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție voluntară și dispunerea respingerii ofertei depuse SA cu consecința admiterii cererii de intervenție voluntară.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin adresa nr. 3857/11.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 13170/14.03.2022, ... SA a transmis Concluzii scrise la punctul de vedere și cererea de intervenție, precizând scurte observații cu caracter preliminar față de documentele studiate.

Prin punctul de vedere, entitatea contractantă nu aduce contraargumente concrete față de criticile din contestație. Deși, este deosebit de amplu (105 de pagini), mare parte din acesta este dedicat reluării modului de desfășurare a procedurii de atribuire, a solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor transmise de ofertanți în evaluarea ofertelor.

Față de alegațiile tendențioase ale SA din cererea de intervenție referitoare la o pretinsă abordare defectuoasă a unor concepte de bază din materia achizițiilor publice, se impune să facă câteva scurte clarificări.

Conform art. 228 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, oferta admisibilă este oferta care nu este inacceptabilă, neconformă sau neadecvată. În mod similar, art. 143 alin. (4) din HG nr. 394/2016 prevede ca ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile. Din interpretarea per a contrario a prevederilor legale rezultă că este inadmisibilă o ofertă (i) care este inacceptabilă, neconformă și/sau neadecvată; (ii) care a fost respinsă în urma verificării și evaluării, indiferent de cazul de respingere incident.

Astfel, a făcut referire la inadmisibilitatea ofertei SA întrucât aceasta prezintă atât elemente de neconformitate, cât și elemente de inacceptabilitate, entitatea contractantă având obligația de a respinge această ofertă în cadrul procesului de reevaluare.

În continuare, reiterează aspecte prezentate în contestația inițială cu privire la evaluarea superficială a ofertei SA.

Prin adresa nr. 1071/16.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 14210/17.03.2022, Autoritatea pentru Digitalizarea României a trimis răspuns la solicitarea Consiliului nr. 12275/475/C11/08.03.2022, transmițând lista documentelor încărcate în SEAP de către SA până la data limită de depunere a ofertelor și ulterior, ca răspuns la solicitările de clarificări.

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

..... a organizat o licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Servicii de revizie tip R9 la automotoarele Desiro SR 20D - Revizie Capitală și alte servicii de reparații constatate în prezenta Recepției CFR pe fluxul tehnologic de revizie tip R9*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1034503/07.09.2021. Valoarea estimată a acordului-cadru de servicii este de 159.906.983,59 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Ca urmare a transmiterii rezultatului procedurii, ... SA a depus contestația în analiză (consemnând cauțiunea în valoare de 1.097.400,00 lei, cu recipisa de consemnare nr. 207865563/1 din data de 25.02.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala), solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, urmare a contestației depuse de SA, ... SA a formulat cerere de intervenție voluntară, pe care Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în favoarea entității contractante, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea lor având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Verificând, prin prisma criticilor aduse de contestatoare, legalitatea deciziei entității contractante de a declara câștigătoare oferta aparținând SA, Consiliul constată că SA susține că este eronată această decizie.

În acest sens, sunt formulate mai multe critici, analiza Consiliului urmând a fi făcută în ordinea etapelor procesului de evaluare.

Prin urmare, legalitatea procesului de evaluare va fi analizată în prima etapă din punct de vedere al modului de constituire al garanției de participare de către ofertantul SA, declarat câștigător.

Referitor la obligațiile ofertanților din acest punct de vedere, al constituirii garanției de participare, entitatea contractantă a stabilit la cap. III.1.6.a) *Garanție de participare* următoarele:

In cuantum de 274.350 lei (conform art.41, alin.(3), lit. a) din HG nr. 394/2016), in lei sau echivalent leu/valuta la cursul stabilit de BNR inainte cu 6 zile de data limita stabilita pentru depunere a ofertelor, valabila 3 luni de la termenul limita de depunere a ofertelor.

Va fi constituita prin: - virament bancar sau OP in cont RO24 BACX 0000 0000 7023 0310, deschis la UNICREDIT BANK – Sucursala UNICREDIT BANK GRIGORE MORA, sau - printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

Prin exceptie, garantia de participare se poate constitui prin depunerea la casieria entitatii contractante in numerar, in cazul in care valoarea garantiei de participare este mai mica de 5.000 lei.

- Avand in vedere dispozitiile art.138 (3) din HG 394/2016, comisia de evaluare solicita clarificări, în termen de o zi lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, privind eventualele neconcordanțe referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, precum și la cuantumul sau valabilitatea acesteia, acordând ofertantului un termen de 3 zile pentru a răspunde la solicitare.

- Tinand seama de dispozitiile art. 42 (7) din HG 394/2016, dovada constituirii garantiei de participare trebuie sa fie prezentata cel mai târziu la data si ora-limita de depunere a ofertelor. Garantia de participare este irevocabila. ENTITATEA CONTRACTANTA are dreptul de a retine garantia, ofertantul pierzând astfel suma constituita, atunci când acesta din urma se afla în oricare dintre următoarele situatii:

- își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

- oferta sa fiind stabilita câștigatoare, refuza sa semneze acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei.

Restituirea garantiei se realizeaza potrivit art. 44 din HG nr.394/2016, în baza cererii depuse conform Formularului 8, transmisa entitatii contractante.

În acest scop, ... SA a depus Scrisoare de garanție de participare la licitație nr. 202111046ONE din 02.11.2021, emisă de FINANCE ONE IFN SA, valabilă până la 08.02.2022.

În procesul-verbal nr. DA2/5/1647/09.11.2021 entitatea contractantă a consemnat, alături de aceste informații, angajamentul irevocabil și necondiționat al emitentului față de entitatea contractantă, ca la prima sa cerere scrisă, să plătească suma înscrisă pe baza declarației acesteia cu privire la culpa persoanei garantate, respectiv că plata se va face în termenul menționat în cererea de plată și fără nicio altă formalitate suplimentară din partea achizitoarei. De asemenea, a fost consemnat faptul că în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor nu au fost respinse oferte.

Referitor la garanția de participare constituită de SA, în procesul-verbal intermediar nr. 1 (nr. DA2/5/1648/ 09.11.2021), entitatea contractantă a stabilit că este necesar să ceară ofertantului, în baza prevederilor coroborate ale art. 221 din Legea nr. 99/2016 și art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016, prezentarea garanției de participare nr. 202111046ONE din 02.11.2021, emisă de FINANCE ONE IFN SA, atât în SEAP, cât și în original, la sediul său.

Primind răspunsul SA, în procesul-verbal de evaluare a garanției de participare nr. DA2/5/1698/17.11.2021, entitatea contractantă a stabilit că cerința privind garanția de participare este îndeplinită.

Raportat la criticile contestatoarei din acest punct de vedere, problematica supusă analizei este de a stabili dacă entitatea contractantă putea/nu putea accepta garanția de participare depusă de SA, având în vedere calitatea emitentului.

În acest sens sunt considerate relevante dispozițiile HG nr. 394/2016, potrivit cărora:

- art. 41 alin. (1): *Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei care are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.*

- art. 42: (1) *Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o î*

c din România sau din alt stat
s , în condițiile legii.

(2) *Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.*

(3) *Garanția trebuie să fie irevocabilă.*

(4) *Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a*

beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Entitatea contractantă nu are dreptul:

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria entității contractante a unei sume în numerar.

(7) În orice situație, dovada constituirii garanției de participare trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor.

Coroborând aceste dispoziții, rezultă fără echivoc intenția legiuitorului de a stabili că vor fi acceptate garanții de participare emise doar de instituții de credit din România ori din alt stat sau de societăți de asigurări.

Prin urmare, în condițiile în care autoritatea contractantă a stabilit că o garanție de participare emisă de o societate financiară nebancară îndeplinește condiția legală de la art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016, îi revine Consiliului sarcina de a verifica legalitatea acestei decizii.

Astfel, conform Registrului General Instituții Financiare Nebancare, Consiliul reține că FINANCE ONE IFN SA este înscrisă cu nr. RG-PJR-41-110104, de la data de 25.04.2007, fiind acreditată a desfășura următoarele activități: credite consum, credite ipotecare/imobiliare, microcreditare, finanțare tranzacții comerciale, factoring, scontare, forfetare, emitere garanții.

În verificarea temeiniciei deciziei achizitoarei, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 3 din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, conform cărora:

I

persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;**
- b) organizații cooperatiste de credit;**
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;**
- d) bănci de credit ipotecar.**

De asemenea, relevante sunt și prevederile art. 2 din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare: *Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin **instituții de credit** și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, **precum și prin instituții financiare nebancare**, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi,*

precum și activitățile permise prevăzute la art. 14 alin. (1):

(1) *Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare:*

a) *acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;*

b) *leasing financiar;*

c) *emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare;*

d) *acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet;*

e) *acordare de credite către membrii asociațiilor fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților/pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma juridică a caselor de ajutor reciproc;*

f) *alte forme de finanțare de natura creditului. (2) În cadrul derulării activității de creditare, instituțiile financiare nebancare pot presta servicii de emitere și administrare de carduri de credit pentru clienți, altele decât cele care intră sub incidența prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, și pot desfășura activități legate de procesarea tranzacțiilor cu acestea, cu respectarea reglementărilor în domeniu.*

(3) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura activități conexe și auxiliare legate de realizarea activităților de creditare sau de funcționarea entității.

(4) În măsura în care activitățile avute în vedere se circumscriu activităților de creditare înscrise în obiectul de activitate al instituției financiare nebancare, aceasta poate efectua operațiuni în mandat și poate presta servicii de consultanță.

(5) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua și operațiuni de schimb valutar aferente activităților permise, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de reglementările în materie.

(6) Instituțiile financiare nebancare pot administra fonduri publice acordate drept fonduri pentru microcredite de agențiile guvernamentale, cu respectarea condițiilor prevăzute de Ordonanța Guvernului nr. 40/2000 privind acreditarea agențiilor de credit în vederea administrării fondurilor pentru acordarea de microcredite, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 376/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(7) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul de evidență pot desfășura și activitățile prevăzute de legislația specială care le reglementează activitatea, precum și activitățile auxiliare legate de realizarea acestora.

(8) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua în relație cu entitățile din cadrul grupului operațiuni nefinanciare în mandat sau de comision aferente activităților necesare susținerii funcționării respectivelor entități.

(9) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot presta servicii de plată și pot acorda credite legate de activitatea de plată, în conformitate cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare. Acest tip de credite nu intră sub incidența prezentei legi.

Coroborând prevederile celor două acte normative, în vigoare la data efectuării evaluării de către entitatea contractantă, rezultă că instituțiile de credit sunt diferite de instituțiile financiare nebancare, fiind reglementate distinct, prin acte normative diferite.

Astfel, chiar dacă societatea FINANCE ONE IFN SA este autorizată în sensul precizat și ar putea oferi servicii similare celor oferite de o instituție de credit, ea este o societate nebancară, recunoscută ca atare, și nu este o instituție de credit (bancă, organizație cooperatistă de credit,

bancă de economisire și creditare în domeniul locativ sau bancă de credit ipotecar).

Prin urmare, nu există nici un temei legal care să-i permită entității contractante să considere că cele două tipuri de entități sunt echivalente, astfel încât să considere îndeplinită condiția impusă de legiuitor la art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016, în condițiile în care legea este fără echivoc în a considera că o societatea nebancară nu este o instituție de credit. De altfel, chiar Banca Națională a României a opinat ferm în acest sens, așa cum rezulta din Notificarea ANAP din data de 10.01.2022: *„În ceea ce privește condițiile impuse de legislația specifică domeniului financiar-bancar pentru ca o entitate să fie considerată instituție de credit, potrivit opiniei emise de Banca Națională a României - autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit, instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit. În acest sens, Banca Națională a României precizează faptul că cele două categorii de entități, respectiv instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare, reprezintă două categorii instituționale distincte, a căror activitate se desfășoară potrivit unor legislații specifice, prin care se reglementează diferit regimul de acces la activitate și de desfășurare a acestora pentru fiecare categorie în parte.”*

Organismul de reglementare în materia achizițiilor a concluzionat fără echivoc, prin Notificarea sa din 10.01.2022, că: *„Din cele precizate mai sus, raportat la prevederile legislației privind achizițiile publice/sectoriale ce impun constituirea garanției printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit, reiese faptul că autoritatea/entitatea contractantă n .”*

Consiliul constată că în sensul amintit a stabilit și Curtea de Apel Oradea, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, în pronunțarea deciziei nr. 662/CA/2021 – R din 10.09.2021, în dosarul nr. 365/35/CA/2021 – R.

Drept urmare, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă, prin decizia criticată, a încălcat atât prevederile legale amintite în considerentele de mai înainte, cât și propriile sale reguli indicate prin fișa de date, conform cărora garanția de participare:

V
a
fi c
le
g
ii.

Consiliul nu va reține în soluționare interpretarea achizitoarei, potrivit căreia acceptarea garanției de participare constituită de câștigătoare s-a bazat pe prevederea de la art. 42 alin. (5) din HG nr. 394/2016. Astfel, Consiliul constată că această normă reprezintă o

îndrumare a achizitoarei, din partea legiuitorului, de a nu condiționa constituirea garanției de participare prin instrumente emise numai de către una dintre cele două categorii de entități prevăzute la art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Se observă, aşadar, că textul art. 42 alin. (5) din HG nr. 394/2016 nu adaugă și nu derogă de la regula generală regăsită la art. 42 alin. (1), potrivit căreia garanția de participare se constituie printr-un instrument de garantare emis de o **instituție de credit** din România sau din alt stat **sau de o societate de asigurări**, în condițiile legii. Drept urmare, nu poate fi primită sub nicio formă interpretarea achizitoarei, potrivit căreia norma de la art. 42 alin. (5) ar extinde tipurile de instituții care pot emite garanții acceptabile, o astfel de viziune nefiind sprijinită de textul legal amintit, dar fiind de natură chiar să încalce regula instituită la art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Este adevărat că legiuitorul a utilizat, în textul art. 42 alin. (5), noțiunea de "*societăți bancare*", diferită de cea folosită la alin. (1), respectiv "*instituție de credit*", însă, așa cum reiese din textul art. 3 din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, societățile bancare reprezintă doar unul dintre tipurile de instituții de credit. Consiliul stabilește că această imprecizie a legii nu poate conduce sub nicio formă la interpretarea achizitoarei, care nu are nicio legătură cu textul art. 42 alin. (5).

Drept urmare, prioritar pentru orice achizitoare este de a stabili dacă instrumentul financiar pe care îl primește, și prin care participantul la procedura de atribuire dorește să probeze constituirea garanției de participare, este emis de către o entitate care, potrivit legii, este **instituție de credit sau societate de asigurări**, în condițiile în care produse financiare similare (garanții) pot fi emise pe piața de profil și de către persoane juridice care nu au calitatea de **instituție de credit sau societate de asigurări**, așa cum este cazul instituțiilor financiare nebancale.

Consiliul stabilește ca respectarea condiției de la art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016 nu este facultativă, neexistând dispoziții derogatorii de la aceasta, iar FINANCE ONE IFN SA, emitentul garanției de participare constituită de ofertanta câștigătoare, nu o îndeplinește.

Așa cum rezultă din analiza Consiliului, concluzia sa se bazează pe dispozițiile legale citate și pe prevederile documentației de atribuire, și nu jurisprudența existentă la acest moment, aceasta din urmă venind doar să întărească interpretarea legii.

De înlăturat este și susținerea achizitoarei, potrivit căreia notificarea ANAP nu ar avea relevanță, deoarece ar fi fost emisă ulterior

ședinței de evaluare a garanției în discuție, respectiv nu clarifică raportul dintre aplicarea prevederilor art. 42 alin. (1) și art. 42 alin. (5) lit. b) din HG nr. 394/2016. Astfel, Consiliul constată că opinia ANAP din notificarea amintită nu reprezintă norma legală, ci exclusiv interpretarea autorității de reglementare cu privire la prevederea legală în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire și evaluării ofertelor, cunoscută achizitoarei și care ar fi trebuit să stea la baza deciziilor sale.

În plus, Consiliul observă că însăși achizitoarea, prin punctul de vedere la contestație, susține că nu contrazice afirmația că instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit. Însă, dacă acțiunile sale ar fi fost în acord cu această declarație, situația ar fi impus să nu accepte o garanție de participare care nu a fost emisă de o instituție de credit sau societate de asigurări, și să nu declare câștigător un ofertant care a prezentat un instrument de garantare emis de o societate nebancară, precum FINANCE ONE IFN SA. Nu există nici un temei legal care să determine acceptarea interpretării achizitoarei că prevederile art. 42 alin. (5) lit. b) HG nr. 394/2016 ar putea permite modificarea prevederilor de la alin. (1) și i-ar da acesteia dreptul de a accepta garanții emise de alte instituții decât cele de credit sau societățile de asigurări.

În aceste condiții, Consiliul consideră că SA, prezentând o garanție de participare emisă de FINANCE ONE IFN SA, instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară, a încălcat atât prevederile art. 42 alin. (1) din HG nr. 394/2016, cât și prevederile din fișa de date a achiziției, III.1.6.a) Garanție de participare, iar entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea dispozițiilor art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborate cu dispozițiile art. 143 alin. (2) lit. b) și art. 138 alin. (3) din HG nr. 394/2016 și să respingă oferta ca inacceptabilă.

În condițiile date, respectiv de stabilire a incidenței inacceptabilității ofertei depusă de SA, orice analiză a Consiliului asupra celorlalte aspecte reclamate de contestatoare este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei, în sensul transformării ei în una admisibilă. Astfel s-a statuat irevocabil în decizia civilă nr. nr. 1117 din 19 mai 2011 a Curții de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal: În mod judicios Consiliul a apreciat că, găsind întemeiat un singur motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei petentei, nu se mai impune analizarea și a celorlalte, câtă vreme cel analizat este apt prin el însuși a conduce la concluzia că oferta este inadmisibilă.

Evident, în acest context, analizarea celorlalte motive ale contestației se constituia într-un demers inutil soluționării cauzei deduse judecății.” Totodată, în decizia civilă nr. 129 din 14 ianuarie 2013, instanța a consemnat: „Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea unei singure cerințe de calificare, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi fost inutil ca, Consiliul, să analizeze

și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe de calificare cu privire la care autoritatea contractantă a reținut că nu au fost îndeplinite, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare."

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SA și să anuleze actele autorității contractante privind evaluarea ofertei SC SA și declararea ei câștigătoare, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SA.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt nefondate, astfel încât Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție depusă de SA și o va respinge.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de asocieria SA, în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind evaluarea ofertei SC SA și declararea ei câștigătoare, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SA.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție depusă de SA.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 60 pagini.
Redactată practica deciziei ...