CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația neînregistrată, datată de emitentă la 15.04.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 14113/15.04.2019, respectiv sub nr. 14423/17.04.2019, care formează obiectul dosarului nr. **...**, ..., cu sediul în ..., având număr de înregistrare ... și cod TVA ..., reprezentată legal de ..., în calitate de președinte al Consiliului de administrație și ..., în calitate de membru al Consiliului de administrație, reprezentată convențional și având adresa de corespondență la ..., din municipiul ..., a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție material rulant nou destinat transportului regional și suburban feroviar de călători (trenuri electrice regionale RE-R)”, inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat, în principal:

1. suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea acestei contestații, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016; și

2. obligarea autorității contractante la adoptarea unui set de măsuri de remediere a deficiențelor documentației de atribuire sesizate prin prezenta contestație, astfel încât orice ofertant să aibă acces nerestricționat pentru participarea la procedură, prin modificarea și/sau eliminarea cerințelor nelegale din documentația de atribuire, astfel:

(i) modificarea criteriului privind experiența similară anterioară nr. III.1.3.a) - Cerința nr. 1 din fișa de date, astfel încât acest criteriu să respecte principiile tratamentului egal, non-discriminării și proporționalității, prin:

(a) modificarea definiției „produsului similar”, prin eliminarea restricțiilor nejustificate și disproporționate vizând criteriul minim de 200 locuri pe scaun/200 locuri în picioare;

(b) introducerea unei definiții privind "servicii similare" în ceea ce privește serviciile de mentenanță care să admită ca produs relevant din punct de vedere al mentenanței și alte tipuri de vehicule de transport călători care se deplasează pe șine și sunt conectate la conductori electrici (cum ar fi tramvaiele electrice și garniturile de metrou electric);

(c) ajustarea/reducerea pragului valoric al furnizărilor anterioare stabilit în mod discreționar și disproporționat de Autoritatea Contractantă, de la 40 rame electrice/produse similare la maxim 10 rame electrice/produse similare în perioada de referință;

(d) majorarea perioadei de referință de la 3 ani la 10 ani anterior procedurii pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare;

(e) ajustarea/reducerea pragului valoric al contractelor anterioare de mentenanță de la 24 ml EUR la 10 ml EUR;

(f) eliminarea criteriului nejustificat privind numărul maxim al contractelor de mentenanță ce pot fi luate în considerare în dovedirea criteriului de calificare privind activitatea de mentenanță.

(ii) modificarea/ajustarea duratei pentru care sunt solicitate serviciile de mentenanță, astfel încât această cerință să fie obiectivă și realizabilă;

(iii) modificarea Anexei 5 - Tabelul de conformitate, pct. 4 paragraful al treilea pentru a permite potențialilor ofertanți posibilitatea de a invoca parametri și standarde echivalente în dovedirea conformității;

(iv) modificarea și clarificarea caietului de sarcini, cu precizarea clară a costurilor care revin viitorului contractant atât pentru serviciile de mentenanță aferente perioadei inițiale de 15 ani, precum și perioadei suplimentare, făcând distincțiile și clarificările necesare în ceea ce privește serviciile suplimentare opționale și serviciile suplimentare aprobate în general conform Anexei 2, pentru a clarifica regimul și costurile aplicabile fiecărei etape;

(v) modificarea termenului de depunere a ofertelor în cadrul procedurii de la 2 la minim 4 luni, astfel încât să fie respectat principiul proporționalității, iar termenul de depunere a ofertelor să ofere în mod efectiv oportunitatea operatorilor economici interesați să elaboreze o ofertă conformă cu cerințele caietului de sarcini;

3. obligarea autorității contractante la reluarea procedurii în baza cerințelor modificate ale documentației de atribuire în acord cu cererile formulate în contestație și la luarea tuturor măsurilor necesare pentru a permite operatorilor economici interesați accesul nerestricționat la procedură;

4. susținerea concluziilor orale în fața CNSC, potrivit art. 21 alin. (2) din Legea nr.101/2016;

5. acordarea cheltuielilor de judecată pe baza documentelor justificative ce vor fi depuse la dosar.

În subsidiar,

6. anularea procedurii în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și d) coroborat cu art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care Consiliul va decide că modificările aduse documentației de atribuire nu permit desfășurarea în continuare a procedurii fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din același act normativ.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația neînregistrată și nedatată de emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 14150/16.04.2019, respectiv sub nr. 14664/18.04.2019, care formează obiectul dosarului nr. **...**, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului Madrid sub nr. ..., având ..., reprezentată legal de Jose Maria ..., reprezentată convențional și având adresa de corespondență la ..., din municipiul ..., a contestat documentația de atribuire și a solicitat:

„1. obligarea autorității contractante la adoptarea unei măsuri de remediere prin modificarea cerințelor de calificare și selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională privind experiența în derularea unor contracte similare ca domeniu și complexitate, mai precis prin eliminarea cerinței privind experiența similară constând în furnizarea unui număr minim de 40 de produse similare în ultimii trei ani și înlocuirea acesteia cu o cerința proporțională constând în oricare dintre acestea:

1.1. furnizarea unui număr inferior de produse similare (mai mic de 40) având în vedere că această cerință este prin ea însăși disproporționată și de natura a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică;

1.2. furnizarea de rame electrice/produse similare la o valoare echivalentă celor pe care dorește să le achiziționeze autoritatea având în vedere că unele companii pot să fi livrat trenuri mai scumpe și mai complexe/sofisticate, dar mai puține ca număr;

1.3. furnizarea unui număr inferior de produse similare (mai mic de 40), în măsura în care produsele furnizate au o complexitate sporită celor din contractul a cărei atribuire se urmărește în prezent și/sau

1.4. extinderea perioadei de timp în cursul căreia ofertanții trebuie să fi derulat contracte similare de la 3 la 5 ani având în vedere art. 8 alin. (4) din cuprinsul Instrucțiunii nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 (...), respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;

2. pronunțarea în temeiul art. 22 din legea remediilor a unei Încheieri prin care să fie obligată autoritatea contractantă la suspendarea procedurii de atribuire sau a oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației;

3. În subsidiar, în măsura în care, în urma admiterii contestației, va rezulta că măsura de remediere de mai sus nu poate restaura legalitatea și îndepărta încălcarea principiilor prevăzute de legislația în materia

achizițiilor sectoriale, solicităm CNSC să dispună anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin.(7) din legea remediilor”.

În temeiul art. 17 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, în vederea pronunțării unei soluții unitare, Consiliul a conexat cele două contestații prin Încheierea nr. 637/C5/.../... din 22.04.2019.

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

În susținerea contestației, ce face obiectul dosarului nr. ..., ... a formulat critici vizând nelegalitatea documentației de atribuire, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a solicitat drept cerință de calificare, minim necesară pentru dovedirea capacității tehnice, experiență similară în derularea unor contracte similare ca domeniu și complexitate cu cele care fac obiectul contractului.

În esență, cerința de mai sus implică o serie de condiții, ce trebuie cumulativ îndeplinite de ofertant, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconforme. Toate aceste sub-condiții ridică probleme serioase de legalitate, legitimitate și proporționalitate, experiența anterioară a ofertantului se raportează doar la ultimii 3 ani (raportat la termenul limită de depunere a ofertei), deși termenul contractului este mai mare de 18 ani. Astfel, deși termenul de derulare a contractului depășește 18 ani, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților să dovedească furnizarea unui număr minim de produse similare egal cu obiectul contractului (respectiv 40 de produse similare și serviciile de mentenanță corelative) doar în ultimii 3 ani.

Având în vedere valoarea/volumul procedurii (minim 40 rame electrice) și perioada relevantă pentru probarea experienței anterioare (ultimii 3 ani), volumul furnizărilor anterioare este mai mult decât excesiv, fiind pur și simplu discreționar, nejustificat și neproporțional.

Având în vedere valoarea, complexitatea și obiectul contractului, autoritatea contractantă trebuia să stabilească acest criteriu de calificare de o manieră care să nu restrângă în mod artificial concurența. Mai mult, definiția sintagmei „produs similar” este deficitară, fiind restrictivă și disproporționată, referința expresă la „ramă electrică destinată transportului feroviar de călători cu o capacitate de minim 200 locuri pe scaune fixe și minim 200 locuri în picioare” este complet nejustificată și restricționează în mod artificial concurența. De exemplu, un operator economic care a furnizat rame electrice cu 180 locuri pe scaune fixe, ar fi descalificat, cu toate că cerința numărului de locuri pe scaune/în picioare este una ce ține, în principal, de preferințele clientului/beneficiarului final și nu una ce ține de caracteristicile tehnice/constructive ale echipamentului.

Astfel, nu există, din punct de vedere tehnic/tehnologic, diferențe semnificative între ramele electrice cu 200 locuri pe scaune și cele cu un număr mai mic de locuri pe scaune, astfel încât, setarea acestui criteriu minim este lipsită de orice justificare legitimă, reprezentând astfel un criteriu discriminatoriu și disproporționat.

De asemenea, autoarea contestației consideră că noțiunea de „produs similar” ar trebui să permită și includerea altor tipuri de vehicule pentru transport de persoane, care se deplasează pe șine și sunt conectate la conductori electrici, cum ar fi tramvaiele electrice și garniturile de metrou electric.

Setarea criteriului de calificare vizând experiența anterioară în mentenanța ramelor electrice la minim 24.000.000 euro, fără TVA, este, din nou, pur arbitrară și total nejustificată, cu atât mai mult cu cât perioada relevantă pentru dovedirea experienței anterioare acoperă doar ultimii trei ani.

De asemenea, limitarea numărului de contracte ce pot fi luate în calcul pentru a dovedi experiența anterioară la maxim 3, este complet nejustificată și pur arbitrară, introducând un criteriu nerelevant pentru evaluarea capacității operatorului economic de a executa contractul.

Astfel, ducând raționamentul autorității contractante până la capăt, un operator economic care ar îndeplini condiția experienței minime cumulând, de exemplu, 4 contracte anterioare ar fi descalificat din start din cadrul acestei proceduri. Este, sau ar trebui să fie, nerelevant pentru autoritatea contractantă numărul de contracte pe care ofertantul se poate baza pentru a-și dovedi capacitatea tehnică.

Cu privire la informațiile privind obiectul, durata și valoarea contractului, astfel cum este precizat în fișa de date, cerințele nr. II.1.4, nr. II.2.4, nr. 11.1.5 și nr. II.2.7, ... arată că obiectul contractului atribuit prin procedură, implică următoarele:

- durata contractului: 220 luni (aproximativ 18 ani) conform cerinței II.2.7 din fișa de date;

- obiectul contractului - achiziționarea a 40 de rame electrice regionale noi, denumite RE-R, destinate transportului regional și suburban feroviar de călători, precum și dotări accesorii și servicii accesorii (inclusiv mentenanță) conform caietului de sarcini;

- valoarea totală estimată a contractului este în intervalul 1.707.125.000 lei, în cazul în care sunt achiziționate 40 de rame, cu 15 ani mentenanță și 4.557.130.000 lei, în cazul în care contractul va fi suplimentat cu încă 40 de trenuri și/sau servicii de mentenanță pentru o perioadă suplimentară de 15 ani.

Cu privire la factorii de evaluare prevăzuți în fișa de date, ... consideră, de asemenea, relevant faptul că, în speță, contractul va fi atribuit prin criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”, unul dintre factorii de evaluare fiind „plusvaloare”, respectiv „capacitate mai mare de transport cu condiția păstrării raportului locuri pe scaun/în picioare și a celorlalte norme de siguranță și confort specificate în caietul de sarcini”, algoritmul de calcul fiind: *„un procent de maxim 10% va fi alocat ofertantului care demonstrează o capacitate mai mare de transport cu condiția păstrării raportului locuri pe scaun/în picioare și a celorlalte norme de siguranță și confort specificate în caietul de sarcini. Astfel pentru fiecare 10 locuri peste minimul specificat în caietul de sarcini de 200 locuri se va acorda 2% până la un maxim de 10% pentru*

250 locuri. Un număr superior de locuri, peste cele 250, nu se va mai puncta suplimentar."

Un alt factor de evaluare prevăzut în fișa de date este „livrarea primei unități", respectiv „termenul pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR", algoritmul de calcul fiind: *„3% pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR în termen de 18 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 0,5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate*".

Ultimul factor de evaluare prevăzut în fișa de date este „livrarea întregii cantități de RE-R contractate", respectiv „termenul pentru livrarea întregii cantități de RE-R contractate", algoritmul de calcul fiind: *„4% pentru livrarea întregii cantități în termen de 32 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 0,5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 40 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate*."

Cu privire la cerințele minime stabilite prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a prevăzut numărul minim de scaune fixe și numărul minim de călători care pot să călătorească în picioare, iar în Anexa nr. 7 a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a reluat dispozițiile privind criteriul de atribuire și factorii de evaluare într-o manieră similară dispozițiilor din fișa de date.

Cu privire la capacitatea tehnică, contestatoarea a precizat că autoritatea contractantă a stabilit criteriul de calificare, cu încălcarea dispozițiilor art. 172 alin. (1), (3) și (5), art. 178 alin. (1) și (2) și art. 179 lit. b) din Legea 98/2016, precum și cu încălcarea unor dispoziții ale legislației secundare și terțiare aplicabile. Astfel, atunci când stabilește drept criteriu de calificare privind capacitatea tehnică experiența similară a ofertantului, următoarele obligații legale sunt aplicabile autorității contractante:

- autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un ofertant are competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică care urmează să fie atribuit [art. 172 alin. (3) și art. 178 alin. (1) din Legea 98/2016];
- toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia [art. 172 alin. (5) din Legea 98/2016];
- cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut [art. 178 alin. (2) din Legea 98/2016];
- operatorul economic poate face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică prin prezentarea listei principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei

perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați;

- totuși, atunci când este necesar, în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă [art. 179 lit. b) din Legea 98/2016];

- criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop 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 și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare [art. 29 alin. (1) din Normele Metodologice].

În ceea ce privește experiența similară, ... a precizat că, potrivit Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă stabilește criteriul minim de calificare cu respectarea următoarelor condiții legale:

- autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/ similare, atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică ce se atribuie prin respectiva procedură (art. 1);

- aceste cerințe trebuie stabilite în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit [art. 2 alin. (1)];

- la stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la art. 2 alin. (1) și art. 2 alin. (2);

- de asemenea, atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe [(art. 3 alin. (1)];

În acest sens, autoritatea contractantă:

- va preciza ce înțelege prin produse/servicii similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;

- va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon, fără ca acest nivel să poată fi mai mare decât: valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței; cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate în baza contractului de achiziție publică care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiți indicatori [art. 3 alin. (3)];

- autoritatea contractantă nu poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ, în situația în care prin aceste niveluri se urmărește același lucru, respectiv descrierea, dintr-o singură perspectivă, a complexității respectivelor cerințe, raportat la obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit [art. 3 alin. (5)];

- stabilirea nivelului minim impus al experienței similare se va face prin raportare la valoarea estimată fără valoarea opțiunilor suplimentare, atunci când documentația de atribuire a prevăzut suplimentarea contractului prin clauze de revizuire [art. 3 alin. (7)];

- nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică, pentru a nu se restrânge concurența, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului [art. 5 alin. (1)];

- autoritatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/ servicii de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul *„ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract*" sau *„a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV ..."* [art. 5 alin. (2) din Instrucțiuni].

Astfel cum rezultă din actele normative menționate, autoritatea contractantă:

- nu are dreptul să impună cerințe de calificare minime disproporționate raportat la scopul și obiectul contractului atribuit, cu atât mai mult cu cât procedura este una din cele mai mari proceduri de achiziție publică de rame electrice din Europa din ultima perioadă, astfel, solicitarea unei experiențe similare anterioare egale cu obiectul contractului (40 de produse similare și serviciile de mentenanță corelative), dar într-o perioadă de numai 3 ani anteriori, deși termenul contractului depășește 18 ani, reprezintă o cerință de calificare evident disproporționată;

- nu poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului, ceea ce autoritatea contractantă face prin definiția dată „produselor similare”, produsul similar acceptat fiind identic cu varianta de bază (minim acceptată) a ramelor electrice pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze;

- nu poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ, ce urmăresc îndeplinirea aceluiași scop.

Raportat la obiectul și valoarea contractului atribuit prin prezenta procedură și fără a lua în considerare posibilitatea suplimentării contractului, ... a observat că autoritatea contractantă a încălcat obligațiile de mai sus, întrucât prin Cerința nr. 1 de la cap. III.1.3.a) din fișa de date privind experiența similară a solicitat:

- demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului, întrucât autoritatea contractantă a definit „produsul similar” în mod identic cu obiectul contractului, atât în ceea ce privește furnizarea de produse, cât și în ceea ce privește furnizarea serviciilor de mentenanță;

- astfel, se solicită experiență minimă anterioară în ultimii 3 ani furnizarea a minim 40 de așa-zise „produse similare” și servicii de mentenanță ale ramelor electrice, prin produs similar fiind înțeles ramă electrică destinată transportului feroviar de călători, cu o capacitate de minim 200 de locuri pe scaune fixe și minim 200 locuri în picioare (adică exact varianta de bază a produsului achiziționat prin prezenta procedură);

- obiectul contractului, neluând în calcul posibilitatea suplimentării, implică furnizarea a 40 de rame electrice și servicii de mentenanță pe o durată de 220 luni;

- în ciuda duratei extinse a contractului pentru furnizarea bunurilor și executarea serviciilor aferente, potențialii ofertanți sunt condiționați și limitați în dovedirea experienței anterioare prin impunerea perioadei limitate de 3 ani (anterior datei limită de depunere a ofertelor) și maxim 3 contracte executate în această perioadă, deși autoritatea contractantă putea și trebuia să facă aplicarea art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, prin raportarea la o perioadă de referință mai mare;

- de asemenea, în ceea ce privește acea parte a obiectului contractului ce se referă la prestarea serviciilor de mentenanță, autoritatea contractantă nu a explicitat deloc ce anume ar putea constitui „servicii similare”, astfel încât, potențialii ofertanți sunt limitați și restricționați în mod nejustificat și disproporționat la servicii de mentenanță anterioare strict pentru tipul de rame electrice prevăzut de contract, respectiv, rame electrice cu minim 200 locuri pe scaune/200 locuri în picioare;

- nu există nicio justificare, tehnică sau economică, pentru a împiedica/restricționa posibilitatea potențialilor ofertanți de a se baza pe

contracte de prestări servicii de mentenanță pentru alte tipuri de rame electrice și/sau pentru alte produse similare.

De asemenea, contestatoarea a învederat că autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ, ce urmăresc îndeplinirea aceluiași scop. Astfel, autoritatea contractantă solicită dovada furnizării anterioare a 40 de produse (de facto) identice și nu similare (astfel cum prevăd reglementările legale în vigoare) cu cele care fac obiectul contractului, inclusiv sub aspectul produsului în sine, precum și a cerințelor minime de capacitate a trenurilor, dar și o valoare totală minimă de 24.000.000 euro, fără TVA, pentru serviciile de mentenanță aferente, realizate anterior.

În plus, este neclară modalitatea prin care ofertantul urmează să dovedească valorile solicitate prin raportare la serviciile de mentenanță, în acest sens, Formularul nr. 7 (cu Anexele sale 1 și 2) prevăzând două tabele diferite pentru descrierea bunurilor livrate și respectiv serviciile prestate, fiind neclar dacă valoarea minimă solicitată pentru dovada experienței similare se raportează cumulat la livrări de bunuri și prestări servicii de mentenanță.

Având în vedere obiectul și durata extinsă a contractului ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură, ... consideră că cerințele ante-menționate, sunt în mod evident disproporționate, restricționând, în mod nejustificat, posibilitatea companiilor de profil de a participa la procedură și instituind cerințe care restrâng în mod artificial și semnificativ concurența.

Contrar obligațiilor legale ce-i revin, conform art. 5 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă nu utilizează o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează obiectul contractului, ci un foarte specifică, solicitând executarea anterioară a unui/unor contracte identice sub aspect cantitativ și calitativ cu cel care face obiectul procedurii de atribuire. Astfel, autoritatea contractantă a încălcat obligația de a evita formulările/cerințe de tipul „ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract”, sau „a furnizat produse care se încadrează în categoria (...)”.

Disproporția acestei cerințe de calificare devine și mai evidentă dacă se raportează la practica altor autorități contractante în proceduri similare. Cu titlu de exemplu, contestatoarea a făcut trimitere la alte proceduri de atribuire, inițiate de diverse autorități contractante, iar, așa cum se poate observa, cerințele privind experiența tehnică anterioară au fost elaborate astfel încât să fie respectate principiile nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității.

Față de exemplele identificate din practica altor autorități contractante, precum și față de condițiile contractului, contestatoarea consideră că, în speță, cerința nr. III.1.3.a) - Cerința nr. 1 din fișa de date și standardul de experiență anterioară solicitate de autoritatea contractantă, sunt total inadecvate și nelegale, ceea ce ridică serioase semne de întrebare cu privire la transparența, corectitudinea și impactul asupra mediului concurențial a prezentei proceduri de atribuire.

Față de acest aspect, contestatoarea a făcut trimitere la site-ul ANAP, la jurisprudența CNSC, precum și la Hotărârea Curții din 05.05.1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96.

Pe cale de consecință, ... a solicitat obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere adecvate prin ajustarea cerinței de experiență similară nr. III.1.3.a) - Cerința nr. 1 din fișa de date, prin modificarea definiției produsului similar, a pragului valoric și a numărului de produse minim solicitate în sensul celor de mai jos sau de o manieră echivalentă care va putea asigura respectarea prevederilor legale și un mediu concurențial adecvat. Contestatoarea a solicitat așadar obligarea autorității contractante să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, prin modificarea/ajustarea cerinței de calificare contestate, referitoare la aspecte de nelegalitate vizând documentația de atribuire.

Contestatoarea a precizat că în documentația de atribuire există dispoziții cel puțin neclare, conflictuale și imprecise care pun ofertanții în imposibilitate de a-și întocmi corespunzător propunerea tehnică și financiară, autoritatea contractantă încălcând astfel dispozițiile art. 154 din Legea 98/2016 și respectiv art. 20 alin. (2) și (3) din Normele Metodologice.

În ceea ce privește durata, conținutul și cerințele privind serviciile de mentenanță ce fac obiectul contractului, ... a arătat că potrivit cerinței nr. II.1.4. Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor din fișa de date, autoritatea contractantă a descris obiectul contractului, iar caietul de sarcini cuprinde dispoziții similare în cadrul Secțiunii nr. 1.1. Obiect – pct. 1.1.8 privind posibilitatea suplimentării contractului, precum și dispoziții de detaliu în ceea ce privește serviciile de mentenanță.

Durata pentru care sunt solicitate serviciile de mentenanță este una excesivă și oneroasă față de practica în domeniu, unde durata standard pentru prestarea serviciilor de mentenanță este de 10 ani de zile. În aceste condiții, capacitatea ofertanților de a elabora o ofertă tehnică și de preț care să acopere o perioadă de 30 de ani este pusă sub semnul întrebării.

Potrivit secțiunii 11. Condiții de întocmire a ofertei tehnice, pct. 6, ofertantul trebuie să prezinte la depunerea ofertei datele privind ciclurile de mentenanță preventivă și corectivă propuse pentru noul material rulant pentru o perioadă de 30 de ani.

În acest sens, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, prin modificarea/ajustarea duratei pentru care sunt solicitate serviciile de mentenanță astfel încât această cerință să fie obiectivă și realizabilă.

În plus, dispozițiile Anexei 2 prevăd costuri suplimentare în sarcina furnizorului pentru anumite servicii suplimentare aprobate în general, fiind neclar dacă acestea sunt servicii suplimentare definite la pct. 4 din Secțiunea 5.1. din caietul de sarcini, care apar în perioada inițială sau suplimentară de mentenanță sau în ambele, pe parcursul întregii

perioade de 15 ani, fără ca aceste servicii să fie descrise ori cuantificate într-un mod clar. Aceste mențiuni din Anexa 2 contravin Secțiunii 6, pct. 6.6. și 6.7. care prevede că autoritatea contractantă rambursează furnizorului costurile, inclusiv pentru servicii suplimentare prevăzute în Anexa 2, dar și Secțiunii 5.1., pct. 4 și pct. 8, care prevăd că „serviciile suplimentare descrise în Anexa 2 (...) nu sunt acoperite de taxa de mentenanță. autoritatea contractantă fiind taxată suplimentar de către furnizor”.

Mai mult decât atât, având în vedere că serviciile suplimentare sunt definite la pct. 2 din Secțiunea 5.1. din caietul de sarcini drept o mentenanță suplimentară completă pentru o durată de încă 15 ani, este neclar de ce sunt prevăzute aceste costuri, între 500 și 1500 euro/lună/flotă, în Anexa 2, care ar trebui suportate pe parcursul perioadei de garanție și a perioadei de mentenanță de 15 ani.

În actuala redactare a caietului de sarcini, dispozițiile menționate, sunt neclare și contravin art. 155 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care prevede că orice cerințe/caracteristici prevăzute în caietul de sarcini trebuie „să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică (...) și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia”, iar nu să pună ofertantul în imposibilitatea de a-și întocmi oferta.

Având în vedere importanța cerințelor din caietul de sarcini, a căror încălcare conduce la respingerea ofertei, precum și prevalența caietului de sarcini asupra oricăror altor documente, ... a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea și clarificarea secțiunilor menționate anterior, cu precizarea clară a costurilor care revin viitorului contractant atât pentru serviciile de mentenanță aferente perioadei inițiale de 15 ani, precum și perioadei suplimentare, făcând distincțiile și clarificările necesare în ceea ce privește serviciile suplimentare opționale și serviciile suplimentare aprobate în general conform Anexei 2, pentru a clarifica regimul și costurile aplicabile fiecărei etape.

De asemenea, având în vedere dispozițiile neclare privind costurile prevăzute în Anexa 2 - Servicii suplimentare, pct. 2, care fac imposibilă bugetarea acestor cheltuieli în propunerea financiară, întrucât eventualitatea acestora este cu totul incertă, contestatoarea a solicitat, fie eliminarea acestora, fie limitarea clară a serviciilor cu privire la care se percep anumite sume suplimentare, precum și plafonarea acestor sume valoric și ca perioadă de timp.

În plus, ... a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea tuturor dispozițiilor din documentația de atribuire, inclusiv clauzele modelului de contract privind obiectul, prețul, modificarea contractului și ajustarea prețului precum și alte clauze, care vor fi afectate de dispozițiile relevante din caietul de sarcini privind serviciile de mentenanță și modificările la care ar fi obligată autoritatea contractantă, ca urmare a contestației sale, pentru a preîntâmpina situații de conflict/discrepanță între dispozițiile caietului de sarcini și cele din modelul de contract.

Cu privire la alte cerințe nelegale din caietul de sarcini: Anexa 5 - Tabelul de conformitate, pct. 4 paragraful al treilea, contestatoarea a precizat că în Anexa 5 - Tabelul de conformitate, pct. 4 paragraful al treilea, autoritatea contractantă precizează: „Pentru situația în care ofertantul completează coloana 4 sau coloana 5, autoritatea contractantă va considera cerința îndeplinită numai în cazul în care soluția propusă este deja aplicată în alte proiecte similare și noii parametri sunt cel puțin la valoarea minimă precizată în prezentul caiet de sarcini. Ofertantul are obligația de a depune în cadrul ofertei tehnice documente asumate care să demonstreze faptul că soluția propusă se aplică în alte proiecte similare".

Anexa 5 din caietul de sarcini, coloana 4, se referă la indicarea conformității parțiale cu adaptări, interpretări specifice sau o altă alternativă, în timp ce coloana 5 se referă la indicația de neconformitate cu dispozițiile caietului de sarcini. Fiecare ofertant trebuie să completeze tabelul de conformitate, indicând în fiecare coloană modalitatea în care intenționează să se conformeze cerințelor specifice din caietul de sarcini.

... consideră că, în speță, cerința din caietul de sarcini de la pct. 4 (Anexa 5) contravine art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, întrucât limitează capacitatea ofertantului de a demonstra conformitatea printr-o manieră echivalentă cu prevederile caietului de sarcini, condiționând orice dovezi de conformitate a produselor și serviciilor sale de aplicarea soluției propuse în alte proiecte similare.

Potrivit art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, „specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici". Art. 156 din Legea nr. 98/2016 prevede, de asemenea, modalități multiple prin care un ofertant poate dovedi conformitatea ofertei sale cu specificațiile tehnice ce ar putea fi solicitate pentru îndeplinirea unui contract de achiziții publice. Astfel, legea permite ofertanților să dovedească conformitatea lor cu cerințele tehnice stabilite în caietul de sarcini prin diverse forme, fără să condiționeze probele de conformitatea de aplicare/implementare efectivă a acestor cerințe în proiecte similare anterioare. Mai mult decât atât, dovedirea conformității unor parametri tehnici prin dovezi de implementare anterioară reprezintă o condiție specifică unui criteriu de calificare, cum este capacitatea tehnică și profesională a ofertantului raportat la experiența similară anterioară, iar nu o cerință de natura specificațiilor tehnice din caietul de sarcini. În acest sens, contestatoarea consideră relevante dispozițiile art. 30 alin. (6) din Normele Metodologice.

În consecință, întrucât cerința actuală din caietul de sarcini restrânge în mod nepermis posibilitatea ofertantului de a dovedi conformitatea ofertei sale cu cerințele tehnice solicitate prin caietul de sarcini, în acord cu prevederile Legii nr. 98/2016, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante să procedeze la modificarea Anexei 5 - Tabelul de conformitate, pct. 4 paragraful al treilea, după cum urmează:

„Pentru situația în care ofertantul completează coloana 4 sau coloana 5, autoritatea contractantă va considera cerința îndeplinită numai în cazul în care soluția propusă este conformă unor parametri și standarde echivalente deja aplicată în alte proiecte similare și noii parametri sunt cel puțin echivalenți la valoarea minimă precizată în prezentul caiet de sarcini. Ofertantul are obligația de a depune în cadrul ofertei tehnice documente valabile, emise de autorități competente asumate care să demonstreze faptul că soluția propusă este echivalentă condițiilor solicitate în caietul de sarcini, în acord cu prevederile legale aplicabile în România și/sau UE se aplică în alte proiecte similare.”

În ceea ce privește alte cerințe nelegale din fișa de date/anunțul de participare, contestatoarea a precizat că Secțiunea IV 2.2) din anunțul de participare fixează termenul limită pentru primirea ofertelor în cadrul procedurii în data de 03.06.2019, ora 15:00, respectiv la numai 2 luni, calculate de la data publicării anunțului de participare în 03.04.2019. În cadrul acestui termen nerezonabil și nejustificat de scurt, operatorii economici interesați în a participa la procedură, trebuie, să înțeleagă, atât cerințele caietului de sarcini, cât și să elaboreze documentația solicitată de către autoritatea contractantă.

Autoritatea Contractantă a stabilit, în mod nelegal, termenul limită pentru depunerea ofertelor în cadrul procedurii, impunând un termen inadecvat, nerezonabil și disproporționat în raport cu gradul de complexitate a obiectului procedurii și a cerințelor de participare aferente acesteia. Mai mult decât atât, documentația de atribuire, incluzând caietul de sarcini, care are peste 110 pagini, a fost elaborată de autoritatea contractantă exclusiv în limba română, ceea ce înseamnă că eventualii operatori economici străini interesați, vor beneficia *de facto* de un termen și mai scurt pentru elaborarea ofertei, oferta putând fi elaborată numai după traducere.

... consideră că, termenul, de numai 2 luni, nu este deloc corelat cu valoarea, obiectul și gradul de complexitate a procedurii. Conform Secțiunii II.1.4 din fișa de date obiectul este complex. Raportat la obiectul complex al procedurii, autoritatea contractantă a impus prin documentația de atribuire condiții specifice de participare, respectiv criterii stricte de calificare și selecție, precum și depunerea, în susținerea îndeplinirii unor astfel de condiții și criterii de participare, a unei documentații specifice deosebit de extensive și laborioase. Elaborarea acestei documentații de participare nu se poate efectua în mod adecvat în termenul nejustificat de scurt stabilit de autoritatea contractantă. Aceasta, cu atât mai mult, cu cât în perioada stabilită pentru elaborarea ofertelor, intervin o serie de sărbători legale, în care nu se lucrează și în care colaborarea cu autorități ale statului sau cu terți colaboratori este mult îngreunată.

Trecând peste legalitatea discutabilă a unei astfel de cerințe, contestatoarea a menționat faptul că documentele solicitate, în sensul probării îndeplinirii acestei cerințe, sunt extensive și implică prezentarea informațiilor aferente principalelor livrări din ultimii 3 ani, incluzând informații privind: contractele invocate drept experiență similară,

beneficiarii acestor contracte, documentele de recepție, ponderea și/sau activitățile executate, împreună cu valoarea acestora în RON, fără TVA.

Mai mult, tot cu privire la această cerință, sub aspectul asigurării serviciilor de mentenanță aferente, operatorul economic interesat va depune și orice certificate, documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar din care să rezulte furnizarea de produse similare, respectiv prestarea serviciilor de mentenanță similare, valoarea, în lei, fără TVA, perioada furnizării produselor similare, respectiv perioada prestării serviciilor de mentenanță similare, precum și beneficiarii produselor similare, respectiv a serviciilor de mentenanță similare, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați.

După cum se poate observa, cu privire numai la o singură cerință din documentația de atribuire, respectiv cea din Secțiunea III.1.3. a) din fișa de date, documentația solicitată este extensivă, iar obținerea și pregătirea unei astfel de documentații implică din partea operatorului economic interesat alocarea unui timp semnificativ din cadrul termenului pentru pregătirea ofertei.

Un alt exemplu vizând documentația extensivă solicitată prin caietul de sarcini este inclus în secțiunile 5 și 11. Prin secțiunea 5.1, punctul 6, operatorul economic interesat va prezenta schema de mentenanță pentru toate tipurile de verificări, revizii și reparații planificate, precum și succesiunea acestora și frecvența în km și timp. De asemenea, conform secțiunii 5.2.1 punctul 3, ofertantul va pregăti o strategie de mentenanță.

În secțiunea 11 „Condiții de întocmire a ofertei tehnice”, operatorul economic interesat va prezenta detaliat (scris/desen) în conținutul ofertei tehnice, modul de conformare la cerințele tehnice solicitate în caietul de sarcini. Această cerință presupune includerea anumitor desene și scheme în mod obligatoriu, inclusiv amplasarea echipamentelor principale, secțiunea transversală prin caroserie, schemele de principiu ale diferitelor circuite și sisteme etc. Astfel, pregătirea propunerii tehnice implică din partea operatorului economic interesat alocarea unui timp semnificativ pentru a reflecta toate aceste cerințe în cadrul documentului.

În concluzie, raportat la volumul mare al documentației solicitate prin documentația de atribuire, termenul de 2 luni pentru pregătirea ofertelor este un termen mult prea scurt și disproporționat.

Conform art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv a termenului stabilit pentru depunerea ofertelor.

Art. 47 din Directiva nr. 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26.02.2014 și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, stipulează că „Pentru stabilirea termenelor de primire a ofertelor și a cererilor de participare, autoritățile contractante țin seama de

complexitatea contractului și de timpul necesar pentru pregătirea ofertelor fără a aduce atingere termenelor minime (...)”.

O astfel de obligație legală impusă autorităților contractante are scopul de a acorda operatorilor economici interesați în a participa în cadrul unei proceduri de achiziție publică un timp adecvat și rezonabil, raportat la complexitatea respectivei proceduri pentru depunerea ofertelor.

Obligația autorităților contractante de a prevedea prin documentația de atribuire un astfel de termen limită adecvat și rezonabil pentru depunerea ofertelor în cadrul procedurilor de achiziție publică reprezintă aplicarea principiului proporționalității în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, aceeași obligație legală a autorităților contractante fiind preluată și transpusă, de altfel, și în cadrul art. 152 din Legea nr. 98/2016.

Este, așadar, o obligație a autorității contractante, care corespunde unui drept corelativ al operatorilor economici, de a stabili perioada de depunere a ofertelor astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze efectiv de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor.

Astfel, raportat la complexitatea obiectului procedurii, precum și la specificitatea cerințelor din cadrul documentației de atribuire, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a corela acești factori și de a stabili o perioadă adecvată de depunere a ofertelor, neasigurând operatorilor economici interesați un timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor și nerespectând principiul proporționalității.

... a menționat că, atât legislația la nivel european, cât și cea la nivel național, prevede faptul că în cazul în care ofertele pot fi elaborate doar după o vizită la fața locului sau după inspectarea la fața locului a documentelor aflate la baza documentelor achiziției, termenele pentru primirea ofertelor vor fi mai mari, astfel încât toți operatorii economici interesați să poate avea acces la toate informațiile necesare pentru prezentarea ofertelor.

În continuarea susținerilor sale, contestatoarea a prezentat o serie de considerente privind modificarea documentației de atribuire. Astfel, pentru a evita prejudicierea oricăror potențiali ofertanți, care sunt în prezent împiedicați în mod abuziv și nelegal în a depune o ofertă în cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie obligată la modificarea cerințelor contestate din fișa de date și caietul de sarcini/contract, precum și în concordanță cu art. 1 alin. (2), (3) și (4) din Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016.

În urma publicării actualei documentații de atribuire, ... consideră că anumiți operatori economici ce ar putea fi interesați să participe la procedură sunt discriminați fiindcă, în conformitate cu cerințele de calificare și specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini, chiar dacă ar exista și operatori economici capabili să ofere produse conforme, accesul acestora la procedură este restricționat din start, aceștia

aflându-se în imposibilitatea de a oferta, din cauza limitărilor nelegale sau cerințelor neclare IMPUSE prin documentația de atribuire.

În măsura în care CNSC înțelege să dispună modificarea cerințelor documentației de atribuire conform celor solicitate, ... a solicitat aplicarea art. 26 alin (3) din Legea nr. 101/2016, dacă nu pot fi luate măsuri de remediere adecvate care să facă în continuare posibilă participarea ofertanților potrivit noilor cerințe, într-o perioadă de timp suficientă pentru pregătirea ofertei și fără a se afecta prin aceasta principiile legislației în materia achizițiilor publice.

În ceea ce privește capătul de cerere privind anularea procedurii, contestatoarea a învederat faptul că nelegalitatea cerințelor de calificare și a celor tehnice/contractuale conduce la imposibilitatea întocmirii unei oferte.

Dispozițiile actuale din fișa de date, în ceea ce privește cerința privind experiența similară, și anumite dispoziții din caietul de sarcini, fac imposibilă întocmirea unei oferte coerente, admisibile și conforme din punct de vedere legal.

Autoritatea contractantă a nesocotit prevederile art. 1 alin. (2) din Normele Metodologice denaturând, în mod evident, concurența pe piață și restricționând, în mod nepermis, accesul ofertanților concurenți la procedură.

... apreciază, de asemenea, că modificările documentației de atribuire care se impun, ca urmare a acestei contestații, trebuie să fie realizate cu respectarea principiilor prevăzute în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu precădere principiile transparenței, tratamentului egal și proporționalității, inclusiv prin reluarea procedurilor de publicare a anunțurilor și a documentației, după caz.

În aceste condiții consideră aplicabil art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care, a solicitat CNSC anularea procedurii, în temeiul art. 26 alin (2) lit. c) și art. 26 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În finalul susținerilor sale, ... a invocat jurisprudența CNSC, care a statuat, în sensul anulării procedurii de atribuire, atunci când gravitatea abaterilor de la cerințele legale, precum și stadiul avansat al procedurii de atribuire făceau imposibilă adoptarea unor măsuri de remediere.

Contestatoarea ... a solicitat accesul la dosarul achiziției.

În dovedire, contestatoarea ... a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 14184/... C5/16.04.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei ... să transmită la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii, contestația și împuternicirea avocațială, iar, în copie, dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației.

La data de 17.04.2019, Consiliul a înregistrat sub nr. 14423/17.04.2019, originalul contestației formulată de ....

Prin corespondența neînregistrată și nedatată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 14924/19.04.2019, ... a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 205404252/1 din 19.04.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000,00 RON.

Prin corespondența neînregistrată, datată de emitentă la 19.04.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 15007/19.04.2019, respectiv sub nr. 15075/22.04.2019, ... a depus, în copie, documentele solicitate de CNSC.

Prin adresa nr. 15124/... C5/22.04.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației formulată de ....

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 22/90/22.04.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 15088/22.04.2019, cu privire la contestația formulată de ....

În preambulul punctului de vedere autoritatea contractantă a argumentat importanța proiectului, atât pentru sistemul feroviar național cât și la nivel macroeconomic.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a justificat cerința privind livrarea a cel puțin 40 de rame electrice similare. Astfel, prin această cerință, se urmărește ca ofertantul să facă dovada că deține capacitatea economică și financiară pentru derularea unor contracte similare ca domeniu și complexitate.

Având în vedere complexitatea contractului, autoritatea contractantă consideră că solicitarea dovedirii capacității economice și financiare necesare pentru producerea ramelor electrice pentru transportul feroviar de călători, furnizarea și mentenanța lor, conduce la realizarea cu succes a obiectivului stabilit. Față de aceasta, autoritatea contractantă dorește să încheie contractul cu un ofertant care are capacitatea economică și financiară pentru producerea ramelor electrice pentru transportul feroviar de călători, furnizarea și asigurarea mentenanței lor și să evite încredințarea contractului unui ofertant care nu a mai furnizat produse și servicii de natura celor supuse prezentei proceduri de achiziție publică. În acest sens, autoritatea contractantă a făcut trimitere la Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Cu privire la cerința privind demonstrarea realizării unor contracte similare în ultimii 3 ani, al căror număr total de produse similare livrate să fie de cel puțin 40 de rame electrice similare, autoritatea contractantă a precizat că fost solicitată pentru că programul de finanțare POIM 2014-2020 poate fi utilizat, în cea mai optimistă variantă, până în 2023. Considerând că ar fi necesară o durată rezonabilă de circa 1,5-2 ani pentru livrarea primului produs, rezultă că timpul necesar pentru livrarea celorlalte 39 de rame electrice ar fi de maximum 3 ani, luând în considerare o variantă optimistă în care contractul de livrare ar putea fi semnat în trimestrul III-IV al anului 2019.

Autoritatea contractantă a învederat faptul că nu a îngrădit în nici un fel posibilitatea legală a contestatoarei de a prezenta oferta împreună cu ofertanții asociați, terții susținători, subcontractanții, pentru a demonstra îndeplinirea condițiilor de calificare solicitate.

Autoritatea contractantă a precizat că pentru a pune din timp în temă, pe toți posibilii ofertanți, asupra acestei achiziții publice a organizat în SICAP, o consultare a pieței, în perioada 23.11.2018 -

30.11.2018, a pus în temă reprezentanții producătorilor de material rulant cu ocazia întâlnirile bilaterale ce au avut loc la târgurile internaționale de material rulant TRAKO 2017 (Gdansk, Polonia 26-29.09.2017) și INNOTRANS 2018 (Berlin, Germania 18-21.09.2018), a organizat la sediul Ministerului Transporturilor întâlniri cu reprezentanții producătorilor de material rulant interesați de această achiziție și a prezentat datele de referință pentru acest proiect cu ocazia celei de a XIII-a ediție a Zilelor Feroviare, eveniment organizat de Club Feroviar cu sprijinul Asociației Industriei Feroviare din Romania în zilele de 16 și 17.10.2018, la București.

În finalul susținerilor sale, autoritatea contractantă a solicitat dovada constituirii cauțiunii, în prealabil depunerii contestației, conform art. 13 alin. (2) din Legea nr.101/2016, precum și a dovezii privind constituirea cauțiunii în sumă de 880.000 lei, conform art.13 alin. (2) lit. d) coroborat cu prevederile art. 13 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Ulterior, autoritatea contractantă a depus, în original, punctul de vedere nr. 22/90/22.04.2019, înregistrat de Consiliu sub nr. 15094/22.04.2019, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Având în vedere cererea ... de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 15300/... C5/23.04.2019, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 24.04.2019.

La data de 25.04.2019, ..., a transmis corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 15794/25.04.2019, intitulată „răspuns la punctul de vedere și note scrise în urma studiului dosarului”, prin care a învederat faptul că autoritatea contractantă face confuzie între cerințele privind capacitatea economică și financiară și cele privind capacitatea tehnică.

Cu privire la argumentul invocat de autoritatea contractantă privind posibilitatea pierderii finanțării, contestatoarea apreciază că acesta este nerelevant din perspectiva perioadei de referință, de 3 ani anterior, în care poate fi dovedită îndeplinirea criteriilor vizând capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților.

Referitor la durata contractului, contestatoarea a observat că autoritatea contractantă recunoaște că ar fi necesară o perioadă de aproximativ 18 - 24 luni (1,5 - 2 ani) pentru livrarea primului tren și maxim 36 luni (3 ani) pentru livrarea celorlalte 39 de rame electrice, în total 4,5 - 5 ani potrivit înțelegerii acesteia.

Ca urmare a studiului dosarului la CNSC în data de 24.04.2019, ... a precizat că autoritatea contractantă a depus dosarul achiziţiei publice în formă incompletă, întrucât lipseşte toată documentaţia aferentă procedurii de consultare a pieţei, procedură care a fost iniţiată anterior prezentei proceduri de atribuire, iar în acest sens contestatoarea a solicitat accesul la documentaţia completă a dosarului achiziţiei publice, astfel cum a solicitat şi în cadrul contestaţiei.

... a concluzionat că autoritatea contractantă a încălcat dispoziţiile art. 9 alin. (3) lit. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora avea obligaţia, printre altele, de a documenta prin intermediul strategiei de contractare deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziţiei în legătură criteriile de calificare privind capacitatea.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, concluziile scrise au fost însoțite de dovada comunicării acestora către autoritatea contractantă.

În susținerea contestației, ce face obiectul dosarului nr. ..., ... a criticat, asemenea contestatoarei ..., cerința nr. 1 privind capacitatea tehnică și/sau profesională din documentația de atribuire întocmită de autoritatea contractantă.

... consideră că cerința privind experiența similară, este disproporționată și menită să restrângă competiția, întrucât un număr de 40 de trenuri este prea mare pentru o perioadă de 3 ani.

Contestatoarea consideră nelegală și disproporționată cerința privind furnizarea de produse identice celor care fac obiectul contractului de achiziție publică, prin aceea că durata de furnizare a produselor similare ar fi trebuit să fie mai mare de 3 ani, având în vedere sectorul cu nivel ridicat de tehnologizare și/sau specializare, precum din punctul de vedere al numărului de rame electrice și nu valoarea contractelor, ținând seama că anumiți operatori pot avea experiență în furnizarea unor trenuri mai complexe dar mai puține ca număr.

... consideră, de asemenea, cerința privind experiența similară ca fiind nelegală și contrară jurisprudenței CJUE. Contestatoarea a precizat că cerința este contrară principiului proporționalității prin aceea că impune o măsura neadecvată pentru obiectivul urmărit. În acest sens, contestatoarea a precizat că principiul proporționalității a fost definit în Cauza National Farmers' Union și a impus ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

În egală măsură, contestatoarea arată că, în Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza Hochtief Construction, cerința ca ofertantul să nu fi avut pierderi financiare mai mult de un an din ultimii 3 ani, înainte de momentul procedurii, a fost considerată excesivă, cât timp compania își transferă profiturile anuale companiei mamă și în cadrul procedurii de atribuire se baza pe susținerea companiei mamă în ceea ce privește capacitatea financiară.

În dovedire, contestatoarea ... a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 14533/... C5/17.04.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei ... să transmită la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii, contestația și împuternicirea avocațială.

La data de 18.04.2019, Consiliul a înregistrat sub nr. 14630/18.04.2019, corespondența neînregistrată și nedatată la emitentă, reprezentând Recipisa de consemnare nr. 2054000095/1 din 18.04.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000,00 RON, constituită de ....

La data de 18.04.2019, Consiliu a înregistrat sub nr. 14664, originalul contestației formulată de ..., precum și împuternicirea avocațială a reprezentantului convențional al acesteia.

Prin adresa nr. 14709/... C5/18.04.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației formulată de ....

Autoritatea contractantă a transmis, în original, punctul de vedere nr. 22/89/18.04.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 14975/19.04.2019, privind contestația formulată de ..., împreună cu o copie a dosarului achiziției publice.

Autoritatea contractantă a prezentat, în principal, apărări asemănătoare cu cele din punctul de vedere formulat ca urmare a contestației depusă de .... De asemenea, autoritatea contractantă a solicitat dovada constituirii cauțiunii, în prealabil depunerii contestației, conform art. 13 alin. (2) din Legea nr.101/2016, precum și a dovezii privind constituirea cauțiunii în sumă de 880.000 lei, conform art.13 alin. (2) lit. d) coroborat cu prevederile art. 13 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

În plus, autoritatea contractantă a precizat și faptul că a organizat, în SICAP, o consultare a pieței, în timpul căreia contestatoarea ... a întocmit și i-a transmis o ofertă.

La data de 02.05.2019, ... a transmis corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 15973/02.05.2019, intitulată „note scrise”, prin care a observat că autoritatea contractantă a solicitat, prin intermediul punctului de vedere, dovada constituirii cauțiunii în valoare de 880.000 lei, însă respectiva solicitare se bazează pe o înțelegere greșită a prevederilor art. 61^1 alin. (1) din Legea 101/2016. În acest sens, contestatoarea a precizat că CNSC, prin adresa nr. 14533/... C5/17.04.2019, i-a pus în vedere să facă dovada constituirii cauțiunii în valoare de 220.000 lei.

În continuarea notelor sale scrise, ... a invocat Hotărârea pronunțată de Tribunalul European, în cauza T-668/15, unde situația de fapt a fost similară celei din prezenta cauză și unde s-a reținut obligația autorităților contractante de a evita orice decizie/act care ar putea avea efect de restrângere a concurenței.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, notele scrise au fost însoțite de dovada comunicării acestora către autoritatea contractantă.

Având în vedere volumul mare de documente și informații ce trebuie analizate în vederea soluționării contestațiilor formulate de ... și ..., în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a prelungit cu 10 zile termenul de soluționare a contestațiilor, părțile fiind informate prin adresa nr. 16785/.../... C5/07.05.2019.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă

finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție material rulant nou destinat transportului regional și suburban feroviar de călători (trenuri electrice regionale RE-R)”, cod CPV 34620000-9 (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. .../03.04.2019, stabilind „termen limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” la 03.06.2019 ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 1.707.125.000 și 4.557.130.000 lei.

Cererile de suspendare a procedurii de atribuire formulate de ... și ... au fost respinse, prin Încheierea nr. 637/C5/.../... din 22.04.2019, ca nefondate.

..., a prezentat, în original, la data de 19.04.2019, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 14924/19.04.2019, dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, și nu lit. d) din același act normativ, cum eronat, susține autoritatea contractantă, respectiv Recipisa de consemnare nr. 205404252/1 din 19.04.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000,00 RON.

... a prezentat, în original, la data de 18.04.2019, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 14630/18.04.2019, dovada respectării dispozițiilor art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016 și nu lit. d) din același act normativ, cum eronat, susține autoritatea contractantă, respectiv Recipisa de consemnare nr. 2054000095/1 din 18.04.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000,00 RON.

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu*

citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare"].

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de ... pentru neconstituirea cauțiunii „în prealabil", respectiv la data înaintării contestației.

Consiliul apreciază această excepție ca fiind nefondată, în condițiile în care, texul de lege [art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016] prevede constituirea cauțiunii, prealabil soluționării contestației și nu prealabil sesizării Consiliului.

În acest sens, cu respectarea hotărârii de plen a CNSC din 05.06.2018, publicată și pe site-ul instituției, prin adresa nr. 14184/... C5/16.04.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei, transmiterea, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, în termen de 3 zile de la data primirii solicitării, a recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, precizând faptul că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

La data de 19.04.2019, prin corespondența fără număr, înregistrată la CNSC sub nr. 14.924/19.04.2019, contestatoarea a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205404252/1 din 19.04.2019, în sumă de 220.000 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de ... pentru neconstituirea cauțiunii „în prealabil", respectiv la data înaintării contestației.

Consiliul apreciază această excepție ca fiind nefondată, în condițiile în care, texul de lege [art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016] prevede constituirea cauțiunii, prealabil soluționării contestației și nu prealabil sesizării Consiliului.

În acest sens, cu respectarea hotărârii de plen a CNSC din 05.06.2018, publicată și pe site-ul instituției, prin adresa nr. 14533/... C5/17.04.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei, transmiterea, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, în termen de 3 zile de la data primirii solicitării, a recipisei de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, precizând faptul că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

La data de 18.04.2019, prin corespondența fără număr, înregistrată la CNSC sub nr. 14.630/18.04.2019, contestatoarea a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.

2054000095/1 din 18.04.2019, în sumă de 220.000 RON, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria.

În aceste condiții, cauțiunile au fost constituite de contestatoarele ... și ... prealabil soluționării contestațiilor, motiv pentru care excepția inadmisibilității, invocată de autoritatea contractantă, va fi respinsă de Consiliu.

În ceea ce privește solicitarea autorității contractante referitoare la plata unei cauțiuni în sumă de 880.000 lei, va fi respinsă, deoarece valoarea cauțiunii este de 220.000 lei, conform prevederilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016:

(1) Pentru soluţionarea contestaţiei formulate în condiţiile art. 8 sau art. 49, sub sancţiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauţiune stabilită după cum urmează:

c) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările şi completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările şi completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei.

În ceea ce privește contestația formulată de ... (dosar nr. ...), Consiliul constată următoarele:

Analizând prima critică formulată de contestatoare, Consiliul constată că aceasta vizează documentația de atribuire, respectiv cerința nr. 1 Experiența similară din Secțiunea III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, cerință pe care o consideră restrictivă în forma actuală. Consiliul urmează a proceda la soluţionarea contestaţiei analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentaţia de atribuire aferentă, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislaţiei în vigoare în domeniul achiziţiilor publice şi a argumentelor transmise de către părţi.

Contestatorul a învestit Consiliul cu soluţionarea contestaţiei de faţă, solicitând modificarea documentației de atribuire, în principal, eliminarea prevederilor restrictive, nelegale, cu consecința modificării caietului de sarcini/fișei de date în conformitate cu prevederile legale în vigoare, și, pe cale de consecință, decalarea termenului de depunere a ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Consiliul are în vedere că obiectul supus procedurii de atribuire în cauză îl constituie achiziţia publică pentru rame electrice (trenuri electrice).

Ulterior luării la cunoştinţă de conţinutul documentaţiei de atribuire, pentru motivele evocate anterior, ... a depus la Consiliu contestaţia în analiză.

Potrivit art. 172 alin. (3) coroborat cu alin. (5) din Legea nr. 98/2016:

„(3) Autoritatea contractantă stabileşte numai cerinţe de participare care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică şi financiară şi competenţele tehnice şi profesionale pentru a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.
(5) Toate cerinţele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la obiectul acestuia”.

În fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de atribuire în speță, au fost menționate cerințele minime de calificare ce urmau a fi îndeplinite de către operatorii economici participanți la procedură. Între acestea, autoritatea contractantă a stabilit la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarele:
„Cerinta nr. 1 Experienţă în derularea unor contracte similare ca domeniu şi complexitate: Operatorul economic trebuie să facă dovada că în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, a furnizat minim 40 produse similare și a asigurat servicii de mentenanță ale ramelor electrice în valoare de minim 114.288.000 lei, fără TVA, echivalentul a 24.000.000 EUR fără TVA. Prin produs similar autoritatea contractantă înțelege: ramă electrică destinată transportului feroviar de călători cu o capacitate de minim 200 locuri pe scaune fixe și minim 200 locuri în picioare.
Modalitatea de îndeplinire:
Se vor prezenta informaţii aferente principalelor livrări din ultimii 3 ani, raportat la termenul limită de depunere a ofertelor, din care să reiasă că a furnizat minim 40 produse similare și a asigurat servicii de mentenanță ale ramelor electrice în valoare de minim 114.288.000 lei, fără TVA, echivalentul a 24.000.000 EUR fără TVA, la nivelul a minimum un contract - maximum a 3 contracte”.

Totodată, autoritatea contractantă a stabilit la pct. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor, următoarele:
„Autoritatea pentru Reforma Feroviara intenționează, prin derularea prezentei proceduri de atribuire, realizarea achiziției de rame electrice RE-R noi și servicii accesorii, destinate serviciilor feroviare de transport pasageri, pe rutele suburbane și regionale, astfel:
A) Produse: 1) 40 rame electrice destinate serviciilor feroviare de transport pasageri, pe rutele suburbane și regionale (RE-R) conform cerințelor minimale specificate în Caietul de Sarcini; 2) Alte dotări și accesorii conform cerințelor specificate în CS nr. 22/77/27.03.2019;”.

De asemenea, în raportul privind consultarea pieței, ce a făcut obiectul publicării în SICAP a anunțului nr. MC 1004032/23.11.2018, autoritatea contractantă a precizat:

„- în România nu s-au făcut achiziții publice de rame electrice noi destinate transportului feroviar de călători în ultimii 10 ani;

- operatorul de transport feroviar de călători cu capital de stat nu a achiziționat şi nu are în parcul activ rame electrice care să deservească publicul călător;

- operatorii de transport feroviar de călători cu capital privat, care au intrat pe piața de transport feroviar din România, au achiziționat numai rame electrice/diesel second hand, cu o vechime considerabilă, cu o singură excepție (un operator care are în parcul activ numai 2 rame electrice noi produse în cadrul grupului de care aparține)".

Analizând cerința 1 din cadrul cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, raportat la obiectul prezentului contract de achiziție publică, astfel cum a fost aceasta formulată de către autoritatea contractantă, Consiliul constată că autoritatea contractantă a impus ofertanților demonstrarea unei experiențe similare identice prin care se restricționează participarea în cadrul procedurii de atribuire a unor categorii de operatori economici care își desfășoară activitatea în mod legal și care pot îndeplini în bune condiții necesitatea autorității contractante.

Prin această cerință, autoritatea contractantă a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, existând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a ținut seama de scopul legislației privind achizițiile publice şi anume acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia şi de garantare a tratamentului egal şi nediscriminatoriu.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică.

Rolul cerinţei experienţei similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanţi au experienţă în domeniul produselor similare cu ceea ce urmează a fi furnizat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că au cunoştinţele/experienţa şi capacitatea necesară derulării unui astfel de contract şi că au finalizat astfel de contracte similare.

Conform Instrucțiunii nr. 2/2017 a ANAP:

- „autoritatea contractantă stabilește cerinţele minime de calificare și selecție în corelare cu <u>principiul proporționalității</u>, cu scopul de a obţine o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerinţe au capacitatea şi experienţa necesară pentru a gestiona şi duce la bun sfârşit, în condiţiile de performanţă impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit" [art. 2 alin. (1)];

- „la stabilirea cerinţelor minime de calificare şi selecţie, autorităţile contractante vor ţine cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea şi natura contractului de achiziţie publică care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiţii ce <u>nu prezintă</u>

relevanţă sau sunt disproporţionate în raport cu scopul menţionat la art. 2 alin. (1)" [art. 2 alin. (2)];
- „nu se poate solicita demonstrarea experienţei similare prin furnizarea de produse identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziţie publică, pentru a nu se restrânge concurenţa, fiind necesar să fie permise şi cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau scopului" [art. 5 alin. (1)];
- „autoritatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract sau a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX" [art. 5 alin. (2)];
- „Atunci când stabileşte cerinţele minime de calificare şi selecţie referitoare la experienţa în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activităţi similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceştia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinţei în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele aşteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum şi modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerinţe.
- În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:
a) va preciza ce înţelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informaţii ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea şi/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;
b) va stabili plafonul valoric/cantitativ şi numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon" [art. 3 alin. (1) și (2)].

Din cele de mai sus reiese că autoritatea contractantă nu are dreptul să impună cerinţe de calificare minime disproporționate raportat la scopul și obiectul contractului.

Consiliul consideră că modul în care autoritatea contractantă a definit experiența similară, prin raportare la rame electrice, este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispoziţiile Legii nr. 98/2016. Astfel, cerința privind experiența similară duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura sus menționată, iar procedura se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achiziţiile publice.

Consiliul constată că prin solicitarea, adresată ofertanților în demonstrarea experienței similare, de a fi furnizat rame electrice (produse identice cu obiectul contractului), autoritatea contractantă a transformat experienţa similară în experienţă identică, aspect care

încalcă principiul proporţionalităţii, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că ramele electrice pe care autoritatea contractantă dorește să le achiziționeze fac parte din categoria materialelor rulante, în speță, Consiliul apreciază că produse similare pot fi și vehicule de transport călători care se deplasează pe șine și sunt conectate la conductori electrici (cum ar fi tramvaiele electrice, garniturile de metrou electric, etc.), fiind necesar ca autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire sub acest aspect.

Luând în considerare aceste dispoziţii legale, susţinerile petentei şi justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că respectiva condiţionare privind tipul de tren în care a fost dobândită experienţa similară a ofertanţilor este nelegală. Furnizarea produselor licitate nu depinde în mod necesar de existenţa unei experienţe dobândită numai în rame electrice. Nu se poate afirma că operatorii economici care au avut anterior contracte în furnizare de tren de metrou sau chiar tramvaie nu au potenţialul şi capacitatea necesare de a îndeplini contractul şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia.

Explicaţiile autorității contractante din punctul de vedere, aflat la dosar, nu sunt în măsură să reflecte imposibilitatea operatorilor economici care au furnizat anterior produse similare cum ar fi trenuri de metrou sau tramvaie, de a îndeplini corespunzător contractul supus licitaţiei. Faptul că autoritatea contractantă dorește să achiziționeze rame electrice, nu presupune ca toţi ofertanţii să prezinte contracte încheiate numai pentru furnizarea de rame electrice, condiţie evident discriminatorie şi restrictivă.

De asemenea, Consiliul constată că există identitate între cerinţa privind experienţa similară și obiectul contractului, care vizează tocmai furnizarea de rame electrice de minim 200 de locuri. Acest aspect rezultă din pct. II.1.4 din fișa de date (Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei), coroborat cu pagina 26 din caietul de sarcini, punctul 14, unde se menţionează ca numărul minim de scaune fixe, sub care oferta va fi declarată neconformă este de 200.

Consiliul consideră că această cerinţă este discriminatorie și disproporţionată, fiind menită a restrânge competiţia, autoritatea contractantă neputând să solicite ofertanților să fi livrat, anterior acestei proceduri, un tip de material rulant pe linii electrice cu același număr de locuri, impunându-se ca autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire sub acest aspect.

Astfel, scopul stabilirii cerinţei minime de calificare ţinând de experienţa similară poate fi atins, fără echivoc şi în situaţia în care ofertantul prezintă contracte de furnizare de trenuri electrice, ce au un număr mai mic de 200 de locuri pe scaun sau în picioare. Aceste contracte pot releva în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câştigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a

contractului de către ofertantul declarat câştigător nu este unul mai mare în situaţia în care dovada se realizează prin contracte de furnizare de trenuri electrice, ce au un număr mai mic de 200 de locuri pe scaun sau în picioare.

În ceea ce privește solicitarea unei experienţe similare anterioare egale cu obiectul contractului (40 de produse similare), Consiliul apreciază că respectă prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) [*„În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă: (...) b) va stabili plafonul valoric/ cantitativ şi numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon*"] și alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 [*„Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât: (...) b) cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/ prestate/executate în baza contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situaţia în care cerinţa este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiţi indicatori"*].

Constatând că prin prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze 40 rame electrice, existând, conform fișei de date a achiziției, pct. II.1.4, posibilitatea suplimentării cantității prin dublare (80 rame electrice), Consiliu va respinge ca nefondată această critică.

Referitor la critica privind numărul de ani în care trebuie demonstrată cerința referitoare la experiența similară (3 ani), Consiliul apreciază că, aceasta este nefondată având în vedere că legislația în vigoare în materia achizițiilor publice recunoaște dreptul autorității contractante de a stabili în mod expres această perioadă, art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 stipulând *„(...) atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă",* motiv pentru care Consiliul apreciază ca fiind relevantă justificarea autorități contractante din cadrul punctului de vedere referitor la stabilirea termenului de 3 ani, respectiv:

„Cerinţa privind demonstrarea realizării unor contracte similare în ultimii 3 ani, al căror număr TOTAL de produse similare livrate să fie de cel puţin 40 de rame electrice similare a fost solicitată datorită faptului că programul de finanţare POIM 2014-2020 poate fi utilizat, în cea mai optimistă variantă, până în 2023 (regula n+3). Considerând că ar fi necesară o durată rezonabilă de circa 1,5-2 ani pentru livrarea primului produs, rezultă că timpul necesar pentru livrarea celorlalte 39 de rame electrice ar fi de maximum 3 ani, luând în considerare o variantă optimistă în care contractul de livrare ar putea fi semnat în trimestrul III/IV al acestui an."

Având în vedere cerinţa privind demonstrarea experienţei similare, aşa cum este formulată în fişa de date, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat dispoziţiile legale cu privire la stabilirea cerinţei contestate.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat următoarele prevederi legale:
-art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „(*1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potenţialului tehnic, financiar şi organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potenţial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câştigătoare”;*
-art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricţiona participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:*

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

b) sunt disproporţionate în raport cu natura şi complexitatea contractului de achiziţie publică ce urmează a fi atribuit”;
- art. 172 din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la: (...)*

c) capacitatea tehnică şi profesională. (...)
(5) Toate cerinţele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la obiectul acestuia.”

Luând în considerare aceste dispoziţii legale, precum şi natura, volumul şi complexitatea produselor ce fac obiectul contractului, Consiliul apreciază că cerinţa contestată este restrictivă.

Principiul proporţionalităţii a fost definit în Cauza National Farmers' Union și impune ca măsurile adoptate de instituţii să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite.

Cerinţa de calificare, impusă de autoritatea contractantă, este restrictivă, nu este în concordanţă cu scopul noii legislaţii privind achiziţiile publice, acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenţei între aceştia.

În cauză, Consiliul determină că este relevantă şi următoarea prescripţie legală, respectiv art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016: *„principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziţie publică sunt: [...] proporţionalitatea”*. Principiul proporţionalităţii este înţeles ca asigurarea corelaţiei dintre necesitatea autorităţii contractante, obiectul contractului de achiziţie publică şi cerinţele solicitate a fi îndeplinite.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază ca fiind temeinică solicitarea contestatoarei referitoare la modificarea cerinţei de calificare privind experienţa similară.

Consiliul reţine că potrivit dispoziţiilor art. 172 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criterii de capacitate referitoare la capacitatea tehnică şi/sau profesională.

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentaţiei de atribuire nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental şi primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Referitor la critica autoarei contestației privind mentenanța, Consiliul reține următoarele:

În caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat:

„5.1. Conceptul de mentenanţă

1. Perioada de mentenanţă: Furnizorul trebuie să asigure o mentenanţă completă pe o durată de 15 ani de la data livrării pentru toate RE-R din prezentul contract, care include şi perioada de garanţie de 3 ani.

2. Mentenanţă suplimentară opţională: o mentenanţă suplimentară opțională completă pentru o durată de încă 15 ani, care să acopere durata de viaţă a RE-R, care se poate acorda cu cel puţin un an înainte de încheierea perioadei obligatorii de mentenanţă."

Contestatorul consideră că *„durata pentru care sunt solicitate serviciile de mentenantă este una excesivă și oneroasă faţă de practica în domeniu, unde durata standard pentru prestarea serviciilor de mentenanţă este de 10 ani de zile. În aceste condiţii, capacitatea ofertanţilor de a elabora o ofertă tehnica şi de preţ care să acopere o perioadă de 30 de ani este pusă sub semnul întrebării"* și solicită reducerea acestei perioade.

Având a se pronunța cu privire la această solicitare, Consiliul o va respinge, deoarece cerința, așa cum a fost formulată de autoritatea contractantă, satisface necesitatea acesteia.

La dosarul cauzei, contestatoarea nu a depus nicio dovadă din care să rezulte limitarea concurenței prin impunerea acestei cerințe.

Prin această cerință, autoritatea contractantă nu a adus atingere principiilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură.

Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Acestea reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante, așa cum prevede art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

Așadar, în mod evident, conținutul caietului de sarcini este alcătuit, în mod exclusiv, din informații de ordin tehnic, aferente produselor care urmează a fi achiziționate şi care corespund necesității autorității contractante. Raționamentul în cauză este susținut, spre exemplu, inclusiv de dispozițiile art. 156 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016,

potrivit cărora *„specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:*

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale”, care trebuie să fie precis descrise încât să permită ofertanților să depună o ofertă care să acopere nevoile autorității contractante, iar aceasta să atribuie contractul respectiv.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse/servicii de o anumită performanță, precum şi caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective şi prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 2 şi art. 3 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016].

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că impunerea specificației tehnice în discuție nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici şi nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire a anumitor operatori economici.

Observând că societatea comercială autoare a contestației se referă, în principal, la cerința autorității contractante de a achiziționa produse/ servicii cu o anumită caracteristică tehnică, iar susținerile contestatoarei nu conduc la concluzia că cerința este restrictivă, Consiliul stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condiției criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse/servicii cu caracteristica de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, existând riscul ca autoritatea contractantă să nu achiziționeze produse/servicii de calitate. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse/servicii care nu corespund necesităților acestora.

Consiliul constată că cerința criticată este în concordanță cu prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini urmăresc descrierea în mod obiectiv a produselor/serviciilor care se doresc a fi achiziționate, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.

În considerarea celor menționate, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatorului, referitoare la această cerință, nu sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune menținerea în documentația de atribuire a cerinței în discuție.

În cazul acestei cerințe, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a ținut seama de scopul legislației privind achizițiile publice şi anume acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia şi de garantare a tratamentului egal şi nediscriminatoriu.

La stabilirea acestei cerințe, autoritatea contractantă s-a limitat la solicitările pe care le-a apreciat ca fiind absolut necesare în vederea îndeplinirii obiectului contractului în cauză şi nu a îngrădit participarea la procedură a operatorilor economici.

Separat de dispozițiile legale amintite, care trebuie avute în vedere de autoritățile contractante, ținând seama de normele legale în vigoare, Consiliul stabilește că cerința solicitată nu este disproporționată. Susținerile/criticile aduse de contestator nu sunt în măsură să reflecte imposibilitatea operatorilor economici de a participa la procedură.

Cerința corespunde necesității autorității contractante de realizare a contractului şi Consiliul nu poate impune autorității eliminarea cerinței corespunzătoare necesității acesteia, având în vedere natura şi complexitatea contractului.

În aceste condiții, criticile contestatorului cu privire la această cerință tehnică sunt nefondate.

Din aceleași considerente de mai sus, Consiliul va respinge și solicitarea contestatorului referitoare la valoarea experienței similare în mentenanța ramelor electrice, respectiv *„ajustarea/reducerea pragului valoric al contractelor anterioare de mentenanţă de la 24 ml EUR la 10 ml EUR*”, în condițiile în care, în cadrul Strategiei de contractare, valoarea estimată a mentenanței, pe o durată totală de 15 ani, a fost stabilită la 120.000.000 euro, mult peste valoarea impusă în cerința de calificare criticată.

Cât priveşte condiţia ca experienţa similară să fie dovedită prin prezentarea a maxim 3 contracte pentru servicii de mentenanță, Consiliul o apreciază ca fiind restrictivă, impunându-se ca autoritatea contractantă să o reformuleze prin referire la sintagma „unul sau mai multe contracte” relevante fiind dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. c) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP [*„ (1) Autoritatea/Entitatea contractantă are următoarele variante de formulare a cerinţei legate de numărul minim (un contract)/maxim de contracte, în relaţia cu un anumit nivel minim stabilit pentru experienţa similară, excepţia menţionată la art. 3 alin. (4) fiind aplicabilă după caz:*

c) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuţia de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depăşeşte, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici;].

Limitarea demonstrării experienţei similare prin prezentarea a maxim 3 contracte, în loc de prezentarea mai multor contracte care prin însumare să rezulte valoarea de 24 mil euro, este contrară principiilor nediscriminării, tratamentului egal şi proporţionalităţii [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

De altfel, analizând conținutul Strategiei de contractare, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a justificat în niciun fel necesitatea includerii cerinței privind experiența similară prin maxim 3 contracte.

Este nerelevant pentru autoritatea contractantă numărul de contracte pe care ofertantul se poate baza pentru a-şi dovedi capacitatea tehnică.

Extinzând posibilitatea demonstrării experienţei similare prin prezentarea a mai multor contracte (care însumate să îndeplinească cerinţa de calificare), autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici şi prin obţinerea unor preţuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel şi principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Întrucât este prioritară respectarea scopului şi a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă ar proceda în mod legal prin stabilirea posibilităţii demonstrării experienţei similare prin cumularea mai multor contracte similare.

Referitor la „*costuri suplimentare în sarcina furnizorului pentru anumite servicii suplimentare*”, față de care contestatorul invocă neclaritatea acestora, Consiliul reține că în caietul de sarcini autoritatea contractantă a menționat următoarele:

• «*5.1 CONCEPTUL DE MENTENANTĂ*

4. Cerinţe STI: Cerinţele obligatorii STI furnizate în continuare trebuie respectate pe deplin.

Tipurile de mentenanţă: Există două tipuri de mentenanţă cuprinse în acest contract:

- servicii de mentenantă standard, descrise în "Anexa 1 - Servicii de mentenantă standard", sunt incluse pe deplin în contractul de mentenanţă şi sunt acoperite de taxa de mentenanţă;

- serviciile suplimentare descrise în "Anexa 2 - Servicii suplimentare" nu sunt acoperite de taxa de mentenanţă, Autoritatea contractantă fiind taxată suplimentar de către furnizor. (...)

8. Costul mentenanţei: furnizorul va analiza toate cerinţele de mentenanta şi va oferi un preţ exprimat în euro/km pentru mentenanta completă necesară pentru o unitate RE-R, în conformitate cu prezentul document, pe o perioadă de 15 ani la un parcurs mediu anual de 160 000 km.»

• *ANEXA 1 (...)*

„Costurile suportate de Furnizor

6.6 Fără a limita obligaţia Furnizorului de a plăti Autorităţii contractante plăţile legate cu orice nefunctionare a unităţii, Furnizorul va rambursa Autorităţii contractante si toate costurile şi cheltuielile rezonabile şi corecte suportate de aceasta în legătură cu recuperarea unităţii RE-R, în cazul unei ***defecţiuni a unităţii****, care este în responsabilitatea Furnizorului.*

Costurile suportate de Autoritatea contractantă

6.7 în cazul în care se stabileste că o ***defecţiune*** *a unităţii RE-R nu este în responsabilitatea Furnizorului, Autoritatea contractantă rambursează Furnizorului toate costurile şi cheltuielile rezonabile şi corecte suportate în legătură cu* ***defecţiunea*** *unităţii RE-R,* ***inclusiv acele costuri şi cheltuieli pe care Autoritatea contractantă le solicită Furnizorului să le suporte ca un serviciu suplimentar în conformitate cu Anexa 2 - Servicii suplimentare, referitoare la***

***remedierea oricărei defecţiuni la unitatea RE-R care a suferit această defecţiune**."*

• *ANEXA 2*

„1. SERVICII SUPLIMENTARE (...)

*1.7 Pentru **serviciile suplimentare** aprobate general, la art 2.1 (a) sunt prevăzute pragurile valorice până la care Furnizorul **nu va solicita achitarea acestora de către Autoritatea contractantă**.*

2. SERVICII SUPLIMENTARE APROBATE ÎN GENERAL

*2.1 Furnizorul va începe, îndeplini şi finaliza (fără aprobarea specifică a Autorităţii contractante) orice **servicii suplimentare** (serviciile suplimentare aprobate în general**), înaintea ca unitatea RE-R să fie predată pentru exploatarea comercială**, cu condiţia ca:*

(a) Autoritatea contractantă să notifice Furnizorul cu cel puţin cinci zile înainte de începerea lunii calendaristice despre costul total al tuturor serviciilor suplimentare aprobate în general.

*Valoarea maximă a serviciile suplimentare aprobate general, pentru care Autoritatea contractantă **nu va plăti contravaloarea acestora**, este de:*

*- **500** euro/lună/flotă în perioada de garanţie generală acordată;*

*- **1000** euro/lună/flotă pentru perioada de la finele perioadei de garanţie şi **până în al 9-lea an de exploatare inclusiv**;*

*- **1500** euro/lună/flotă pentru perioada de exploatare cuprinsă între anii 10 - 15*."

Consiliul consideră că aceste aspecte trebuie lămurite de autoritatea contractantă cu precizarea clară a costurilor care revin viitorului contractant atât pentru serviciile de mentenanţă aferente perioadei iniţiale de 15 ani, precum și perioadei suplimentare, făcând distincţiile și clarificările necesare în ceea ce priveste serviciile suplimentare opţionale și serviciile suplimentare aprobate în general conform Anexei 2, pentru a clarifica regimul și costurile aplicabile fiecărei etape.

Critica autoarei contestației privind tabelul de conformitate este întemeiată din următoarele considerente:

În caietul de sarcini (Anexa 5, pct. 4, paragraful al doilea), autoritatea contractantă precizează:

«*Coloanele tabelului vor conţine următoarele informaţii: (...)*

Coloana a 4-a: indicarea conformităţii parţiale, cu adaptări, interpretări specifice sau o altă alternativă, reflectând îndeplinirea cerinţei într-un alt mod, specific. Aceasta se va indica în scris prin utilizarea cuvântului „DA" sau se va nota cu „X" în acea coloană şi se va completa rubrica „observaţii" menționându-se diferenţa faţă de cerinţa exprimată.

Coloana a 5-a: indicaţia de neconformitate. Se va menţiona în scris prin utilizarea cuvântului DA sau se va nota cu „X" în acea coloană şi se va completa rubrica „observaţii" cu explicaţii asupra motivului neconformităţii precizându-se ceea ce este oferit în loc (parametri, echipamente etc.).»

Fiecare ofertant, potrivit prevederilor din documentația de atribuire, trebuie să completeze tabelul de conformitate, indicând în fiecare

coloană modalitatea în care intenţionează să se conformeze cerinţelor specifice din caietul de sarcini.

În caietul de sarcini (Anexa 5, pct. 4, paragraful al treilea), autoritatea contractantă precizează:

„Pentru situaţia în care ofertantul completează coloana 4 sau coloana 5, autoritatea contractantă va considera cerinţa îndeplinită numai în cazul în care soluţia propusă este deja aplicată în alte proiecte similare şi noii parametri sunt cel puţin la valoarea minimă precizată în prezentul caiet de sarcini. Ofertantul are obligaţia de a depune în cadrul ofertei tehnice documente asumate care să demonstreze faptul că soluţia propusă se aplică în alte proiecte similare."

Contestatorul solicită eliminarea expresiilor *„este deja aplicată în alte proiecte similare"* și *„soluţia propusă se aplică în alte proiecte similare"*, deoarece le consideră nelegale, iar, în cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă nu formulează niciun fel de susțineri cu privire la această critică.

Consiliul consideră că cerinţa din caietul de sarcini de la pct. 4 (Anexa 5) contravine art. 155 şi art. 156 din Legea 98/2016, întrucât limitează capacitatea ofertantului de a demonstra conformitatea printr-o manieră echivalentă cu prevederile caietului de sarcini, condiţionând orice dovezi de conformitate a produselor și serviciilor sale de aplicarea soluţiei propuse în alte proiecte similare. În soluționarea acestei critici, Consiliul reține dispozițiile art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 155:

(1) Specificaţiile tehnice sunt stabilite prin documentaţia de atribuire şi definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziţiei;

(2) Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuţie a lucrărilor, fabricaţie a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viaţă al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conţinutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziţionate, dar cu condiţia ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului- cadru şi să fie proporţionale prin raportare la valoarea şi obiectivele acestuia;

(3) Prin specificaţiile tehnice se poate de asemenea stabili dacă se solicită transferul drepturilor de proprietate intelectuală;

(4) Pentru toate achiziţiile destinate utilizării de către persoane fizice, indiferent dacă este vorba de publicul larg sau de personalul autorităţii contractante, specificaţiile tehnice se definesc astfel încât să ţină seama de cerinţele de accesibilitate ale persoanelor cu dizabilităţi sau de conceptul de proiectare pentru toate categoriile de utilizatori, cu excepţia cazurilor temeinic justificate;

(5) În cazul în care printr-un act normativ adoptat la nivelul Uniunii Europene sunt introduse cerinţe de accesibilitate obligatorii, specificaţiile tehnice se definesc, în ceea ce priveşte cerinţele de accesibilitate pentru

persoanele cu dizabilităţi sau conceptul de proiectare pentru toate categoriile de utilizatori, prin trimitere la cerinţele obligatorii astfel introduse;

(6) Specificaţiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate faţă de asigurarea unei concurenţe efective între operatorii economici;

respectiv,

- art. 156:

(1) Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel naţional, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificaţiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalităţi:

a) prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiţia ca parametrii să fie suficient de precişi pentru a permite ofertanţilor să determine obiectul contractului şi autorităţile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificaţii tehnice şi, ca ordine de prioritate, la standarde naţionale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificaţii tehnice comune, standarde internaţionale, alte sisteme de referinţă tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricărora dintre acestea, la standarde naţionale, la agremente tehnice naţionale sau specificaţii tehnice naţionale referitoare la proiectarea, calcularea şi execuţia lucrărilor şi la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoţită de menţiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale, potrivit lit. a), şi prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale;

d) prin trimitere la specificaţiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici şi prin raportare la cerinţe de performanţă sau cerinţe funcţionale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.

(2) Cu excepţia cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic şi nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producţie specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepţie de la prevederile alin. (2), stabilirea specificaţiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situaţii excepţionale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă şi de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispoziţiile alin. (1); în aceste situaţii, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoţită de cuvintele "sau echivalent".

(4) În cazul în care autoritatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. b), aceasta nu respinge o ofertă

pe motiv că lucrările, produsele sau serviciile oferite nu sunt conforme cu specificaţiile tehnice la care se face trimitere, dacă ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că soluţiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerinţele definite prin specificaţiile tehnice.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă stabileşte specificaţiile tehnice potrivit dispoziţiilor alin. (1) lit. a), aceasta nu respinge o ofertă pentru lucrări, produse sau servicii care sunt conforme cu un standard naţional care transpune un standard european, cu un agrement tehnic european, cu o specificaţie tehnică comună, cu un standard internaţional sau cu un sistem de referinţă tehnic elaborat de un organism european de standardizare, dacă aceste specificaţii vizează cerinţele de performanţe sau cerinţele funcţionale stabilite de autoritatea contractantă.

(6) În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 158, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerinţele de performanţă sau cerinţele funcţionale stabilite de autoritatea contractantă".

Față de dispozițiile mai sus menționate, se reține faptul că legiuitorul prevede modalităţi multiple prin care un ofertant poate dovedi conformitatea ofertei sale cu specificaţiile tehnice ce ar putea fi solicitate pentru îndeplinirea unui contract de achiziţii publice, permițând ofertanţilor să dovedească conformitatea ofertelor lor cu cerinţele tehnice stabilite în caietul de sarcini prin diverse forme, fără să condiţioneze probele de conformitate de aplicarea/implementarea efectivă a acestor cerinţe în proiecte similare anterioare, motiv pentru care va admite critica și va dispune eliminarea paragrafului criticat (Anexa 5, pct. 4, paragraf 3).

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de majorare a termenului de depunere a ofertelor, Consiliul are în vedere faptul că termenul limită pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru 03.06.2019, autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la prelungirea termenului, întrucât, așa cum s-a reținut în paragrafele anterioare, sunt necesare remedieri ale documentației de atribuire, Consiliul stabilește incidența prevederilor art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora durata prelungirii perioadei stabilită pentru depunerea ofertelor este proporțională cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare sau a modificărilor aduse documentelor achiziției, și văzând volumul informațiilor de modificat, va obliga autoritatea contractantă și la decalarea termenului de depunere a ofertelor cu o perioadă adecvată, în concordanță cu dispozițiile art. 152 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„autoritatea contractantă are obligaţia de a corela şi stabili perioada de depunere a ofertelor în funcţie de complexitatea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi de cerinţele specifice, astfel încât operatorii*

economici interesaţi să beneficieze de un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor".

În ceea ce privește cererea contestatorului de a depune concluzii orale, Consiliul apreciază că, potrivit prevederilor art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„părțile sunt audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației*". În cazul de față, cererea este respinsă, deoarece probele administrate în cauză au pus la dispoziţia Consiliului toate elementele necesare soluţionării acestei contestaţii, admiterea acestei cereri ducând la prelungirea în mod nejustificat a termenului de pronunţare a unei decizii.

În condițiile în care în prezenta procedură de atribuire pot fi dispuse măsuri de remediere a documentației de atribuire fără afectarea principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul respinge solicitarea contestatorului ... privind anularea procedurii de atribuire, ca nefondată.

Referitor la solicitarea contestatorului de a cere autorității contractante studiul de piață, Consiliul precizează că acest document poate fi accesat din SICAP, raportul privind consultarea pieței fiind înregistrat sub nr. 22/387 din 05.12.2018 (informații publice).

Prin urmare, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, corespunzător criticilor admise și va respinge restul criticilor, pentru considerentele expuse în motivare.

Va obliga autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire în sensul celor precizate în motivare și să stabilească un nou termen limită de depunere a ofertelor.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nedovedit, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, din contestația formulată de ..., având în vedere faptul că, deşi, în cauză, s-a făcut dovada existenţei raporturilor contractuale dintre contestator şi reprezentantul ales, nu s-a făcut, însă, dovada cuantumului cheltuielilor efectuate în cursul soluţionării contestaţiei, nefiind depuse la dosar facturi şi chitanţe, documente/ înscrisuri care dovedesc efectuarea plăţii.

În ceea ce privește contestația formulată de ... (dosar nr. ...), Consiliul constată următoarele:

Analizând criticile formulate de contestatoare, Consiliul constată că aceasta vizează documentația de atribuire, respectiv cerința nr. 1 Experiența similară din Secțiunea III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională" din fișa de date a achiziției, cerință pe care o consideră restrictivă în forma actuală.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de ..., la adresa documentației de atribuire, Consiliul constată că, în fapt, este vorba despre aceleași critici formulate de primul contestator, astfel încât argumentele prezentate cu ocazia analizării contestației formulată de ... sunt valabile și în cazul prezentei contestații.

În condițiile în care în prezenta procedură de atribuire pot fi dispuse măsuri de remediere a documentației de atribuire fără afectarea principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul respinge solicitarea contestatorului ... privind anularea procedurii de atribuire, ca nefondată.

Prin urmare, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, și contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Pentru considerentele expuse în motivare, respinge capătul de cerere privind anularea procedurii.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, excepțiile inadmisibilității contestațiilor formulate de ... și de ..., invocate de autoritatea contractantă privind neconstituirea cauțiunilor de către contestatori.

Admite, în parte, contestațiile formulate de ... (**dosar nr. ...**) și de ... (**dosar nr. ...**), în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi de participarea la această procedură şi să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere formulate de contestatoare.

Respinge, ca nedovedit, capătul de cerere formulat de ..., privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 40 pagini.