



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 fără număr de înregistrare la emitent, transmisă prin mijloace electronice (email), înregistrată la Consiliu sub nr. 17828/03.04.2023, precizată prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 18805/06.04.2023, înaintată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal de, în calitate de administrator și convențional prin avocat Dan Cojocaru, formulată împotriva caietului de sarcini elaborat în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare traverse de lemn fag impregnate și placate anticrăpare, normale și speciale”, organizată de, cu sediul în municipiul, în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat remedierea caietului de sarcini.

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

Prin contestația depusă în data de 03.04.2023, ... face trimitere la cerințele caietului de sarcini aferent anunțului de participare publicat în SEAP cu nr. ..., prin care entitatea contractantă a inițiat procedura de atribuire a contractului având ca obiect „Furnizare traverse de lemn fag impregnate și placate anticrăpare, normale și speciale”, apreciind că se impune modificarea lor.

Motivat de faptul că, prin anunțul de participare indicat de contestatoare, a inițiat, la data de 28.02.2023, procedura de atribuire a contractului având ca obiect „Traverse normale din lemn impregnate

pentru repararea și întreținerea liniilor de cale ferată industriale din subunitățile SRTCF BUCUREȘTI”, o altă procedură decât cea la care contestatoarea făcea referire în contestație, prin adresa nr. 18608/883/C5/06.04.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei să clarifice neconcordanțele în cauză, și, pentru situația în care procedura contestată este cea inițiată prin anunțul de participare nr., să transmită un punct de vedere cu privire la tardivitatea contestației sale, raportat la data publicării în SEAP a documentației de atribuire. Pentru situația în care ar fi opinat în sensul formulării contestației în termen legal, i s-a solicitat transmiterea la dosarul cauzei, în original, a recipisei de consemnare a cauțiunii prevăzută la art. 61¹ lit. a) din Legea nr. 101/2016, în cuantum de 11.440 lei.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (email), înregistrată la Consiliu cu nr. 18805/06.04.2023, contestatoarea a remediat neconcordanțele inițiale, făcând trimitere la procedura de atribuire inițiată de ..., prin anunțul de participare nr. ..., privind atribuirea contractului având ca obiect „Furnizare traverse de lemn fag impregnate și placate anticrăpare, normale și speciale”. De asemenea, raportat la data publicării în SEAP a anunțului de participare menționat, contestatoarea apreciază că demersul său a fost îndeplinit în termen legal.

Prin contestația formulată, contestatoarea invocă cerințele caietului de sarcini conform cărora: *Pct. 3.1.1.3.6 - Impregnarea și placarea anticrăpare. Impregnarea traverselor de lemn normale și a traverselor de lemn speciale, pentru calea ferată se face cu „Creozot ecologic tip C” conform cerințelor de performanță ale produselor din clasa de risc 4 definite de SR EN 599-1+A1: 2014. Determinarea conformității cu cerințele de performanță din SR EN 599-1+A1:2014 trebuie să includă datele încercărilor conform SR EN 252:1995, SR EN 252:1995/AC1:2003 și orice alte încercări considerate necesare dintre încercările locale precizate în SR EN 599-1+A1:2014. Totodată, „Creozotul ecologic tip C” va respecta cerințele standardelor: SR EN 13991:2004, SR EN 1014-1:2010, SR EN 1014-2:2010, SR EN 1014-3:2010, SR EN 1014-4:2010 și SR EN ISO 2719:2003, arătând că, referitor la acestea, a transmis entității contractante o solicitare de clarificări, referitoare la modalitatea de interpretare a cerinței prin raportare la ofertarea traverselor de lemn impregnate cu produsul TANALITH, produs echivalent Creozotului ecologic de tip C și care produce aceleași efecte ca și produsul impus de entitatea contractantă.*

Solicitarea s-a fundamentat atât pe Acordul tehnic feroviar nr. 55/2012 emis de Autoritatea Feroviară Română (autoritatea competentă în domeniul feroviar) care atestă îndeplinirea condițiilor pentru utilizarea acestuia în domeniul transportului feroviar, cât și pe mențiunile din Ghidul pus la dispoziție de furnizorul, care precizează în mod expres faptul că produsul TANALITH respectă întocmai standardul BS EN 599-1.

Răspunzând solicitării de clarificări, entitatea contractantă a precizat că nu se acceptă ca bunurile oferite să fie impregnate cu

produsul TANALITH - „întrucât nu sunt îndeplinite prevederile caietului de sarcini CT 18/3/297/15.03.2023”.

Potrivit contestatoarei, răspunsul entității contractante este nelegal, în primul rând, deoarece, conform dispozițiilor art. 165 alin. (6), art. 166 alin. (2) și art. 194 din Legea nr. 99/2016, legiuitorul a prevăzut în sarcina entității contractante obligația ca, la elaborarea documentației de atribuire, aceasta să nu impună anumite cerințe tehnice care să afecteze principiul concurenței loiale, în baza căruia se permite acces egal la derularea procedurii de achiziție publică. Mai mult decât atât, potrivit aceluiași norme, orice entitate contractantă trebuie să facă trimitere în cuprinsul documentației de atribuire doar la specificații tehnice cu caracter minim care nu influențează/denaturează în vreun fel dreptul ofertanților de a concura în cadrul procedurii prin favorizarea/eliminarea în mod nejustificat a acestora.

Deși entitatea contractantă precizează la pct. VI.3 din Fișa de date faptul că „cerințele tehnice definite la nivelul caietului de sarcini (...) vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea „sau echivalent” (dând eficiență dispozițiilor art. 166 din Legea nr. 99/2016), în realitate, prin răspunsul la clarificări nr. CT 1 10/1/155/30.03.2023 aceasta înțelege să ignore toate normele legale mai sus menționate, cu consecința afectării principiilor nediscriminării și a tratamentului egal, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Mai arată contestatoarea că, în cuprinsul Caietului de Sarcini, entitatea contractantă impune respectarea unor standarde (SR EN 252:1995, SR EN 252:1995/AC 1:2003 și SR ISO 2719:2003) care nu mai sunt în vigoare în prezent.

În aceste condiții, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la remedierea caietului de sarcini.

Prin punctul de vedere nr. CT1/1076/10.04.2023,- ... a precizat că prima contestație formulată de ... a fost îndreptată împotriva altei proceduri, iar cea de a doua, deși face trimitere la procedura corectă, este formulată în afara termenului legal, impunându-se a fi respinsă prin raportare la data de 29.03.2023, când a fost publicat în SEAP anunțul de participare.

Pe fondul contestației, față de susținerea contestatoarei că „Traversele de lemn impregnate cu produsul Tanalith este produs echivalent cu Creozotul ecologic tip C și produce aceleași efecte”, și că, mai mult decât atât, societatea contestatoare ar deține documente care atestă îndeplinirea condițiilor pentru utilizarea acestuia în domeniul feroviar, entitatea contractantă solicită să se observe că autoarea contestației prezintă trunchiat informațiile referitoare la acest produs- „Tanalith”. Se ignoră cu desăvârșire prevederile din standardul SR EN 13145 + A1:2012: *Aplicații feroviare. Cale. Traverse și suporturi de lemn*”, standard ce a fost prins în caietul de sarcini contestat.

Potrivit entității contractante, aceasta a solicitat în mod expres, impregnare cu „creozot ecologic tip C”, în conformitate cu standardul SR EN 13145 + A1:2012: *aplicații feroviare. Cale. Traverse și suporturi de*

lemn impregnate cu creozot ecologic tip C, astfel cum se prevede la pct 7.2.2 „Produsele de protecție utilizate pot fi creozotul sau cele conform cerințelor de performanță ale produselor de risc 4 definite de EN 599-1. Determinarea conformității cu cerințele de performanță din EN599-1 trebuie să includă datele încercărilor conform EN252 și orice alte încercări considerate necesare dintre încercările locale precizate în EN 599-1”.

De asemenea, alineatul 2 al aceluiași articol stabilește în obligația clientului final definirea tipului de produs de protecție utilizabil, *„Clientul trebuie să definească tipul de produs de protecție utilizabil”,* ceea ce s-a și făcut prin caietul de sarcini, la punctul 3.1.1.3. *„Specificații tehnice SAU cerințe funcționale extinse”, subpunct 3.1.1.3.6. Impregnarea și placare anticrăpăre,* unde s-a precizat că traversele din lemn, ce se doresc a se achiziționa, să fie impregnate cu creozot ecologic tip C.

Față de documentația depusă de contestatoare, odată cu contestația și anume Acordul Tehnic Feroviar Seria AT nr 55/2012, entitatea contractantă solicită să se observe că valabilitatea acestuia este până la data de 18.01.2015, rezultând astfel că nu există vreun act care să demonstreze că produsul Tanalith poate fi considerat acceptat din punct de vedere tehnic, astfel cum se prevede prin OMT/290/2000 *privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul.*

Totodată, entitatea contractantă solicită respingerea afirmațiilor cu privire la încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal, susținând că, în derularea procedurii, a îndeplinit întocmai cerințele prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă mai precizează că, în procesul de cercetare a pieței, pentru stabilirea valorii estimate a achiziției, s-a solicitat și de la ofertă de preț pentru traverse de lemn, specia fag, impregnate cu creozot ecologic tip C, primind de la aceasta oferta pentru traverse de lemn, specia fag, impregnate cu Tanalith, depunându-se odată cu aceasta, documente care să susțină oferta din punct de vedere tehnic și anume: Autorizație de Furnizor Feroviar seria SF nr. 8748 termen de valabilitate 31.07.2023, Certificat de Omologare Tehnica Feroviară seria OT nr. 119/2022 pentru „traverse din lemn impregnate cu tanalith E...” , omologare tehnică aflată în faza preliminară și Specificație tehnică „Traverse de lemn pentru CF impregnate cu Tanalith”, cod 2/EC/H/69/2021, vizat de către AFER la data de 18.04.2022.

În urma analizării documentațiilor prezentate, s-a observat, în Certificatul de omologare tehnică feroviară pentru traverse de lemn impregnate cu tanalith, că omologarea este pentru faza preliminară, și că există diferențe între recomandările de utilizare pentru acest tip de traverse, și recomandările de utilizare din certificatele de omologare pentru traverse lemn impregnate cu creozot.

Astfel, se poate observa din documentele depuse de către contestatoare, coroborate cu prevederile *HG 108/2020 - privind interoperabilitatea sistemului feroviar, în vigoare de la data de 13.02.2020*, că *„traversele de lemn impregnate cu Tanalith”* se vor utiliza doar pentru aplicații care nu intră sub incidența HG 108/2020, așa cum se precizează la art 1.2 *„domeniul de aplicare”* alineatul 5 din chiar documentul elaborat de către, intitulat *Specificație tehnică „Traverse de lemn pentru CF impregnate cu Tanalith” cod 2/EC/H/69/2021*, vizat de către AFER la data de 18.04.2022 și care a stat la baza emiterii de către AFER a Certificatului de Omologare Tehnică Feroviară seria OT nr. 119/2022 pentru *„traverse din lemn impregnate cu tanalith E...”*

Prin adresa, înregistrată la Consiliu cu nr. 19436/10.04.2023, a transmis, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209046815/1, eliberată de CEC Bank, sucursala Constanța, la data de 07.04.2023, în cuantum de 5.894 lei, aferentă procedurii „....”.

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice, (email), înregistrată la Consiliu cu nr. 19954/12.04.2023, contestatoarea a făcut o serie de precizări la punctul de vedere al entității contractante, solicitând respingerea excepției tardivității contestației motivat de faptul că trimiterea la un alt anunț de participare a fost o simplă eroare materială, remediată prin răspunsul transmis la solicitarea Consiliului.

De asemenea, în ceea ce privește presupusa „ignorare” a conformității bunurilor oferite cu standardul SR EN 13145+A1:2012, contestatoarea solicită să se constate caracterul netemeinic al susținerilor entității contractante conform cărora *„societatea noastră a solicitat în mod expres impregnare cu creozot ecologic tip C în conformitate cu standardul SR EN 13145 + A1:2012”*.

În acest sens, contestatoarea arată că, la pct. 3.1.1.3.6 din Caietul de Sarcini (singurele mențiuni relevante), se solicită respectarea cerințelor de performanță ale unui alt standard - SR EN 599-1+A1:2014, care trebuie să includă datele încercărilor, conform unor standarde care nu mai sunt în vigoare în prezent - SR EN 252:1995, SR EN 252:1995/AC1:2003 și SR EN ISO 2719:2003.

Chiar dacă s-ar reține incidența standardului SR EN 13145+A1:2012, potrivit Specificațiilor Tehnice aferente *„Traverselor de lemn impregnate cu TANALITH”*, atestate prin Certificatul de Omologare Tehnică Feroviară nr. 119/2022 emis de Autoritatea Feroviară Română (singura autoritate competentă în domeniu), bunurile oferite respectă întocmai cerința invocată de entitatea contractantă (pag. 2 din Specificații Tehnice) - cu trimitere la acest standard.

O situație similară survine și în cazul susținerilor entității contractante, conform cărora *„nu există vreun act care să demonstreze că produsul TANALITH poate fi considerat acceptat din punct de vedere tehnic, astfel cum se prevede prin OMT nr. 290/2020”*. În sprijin, contestatoarea invocă mențiunile din Certificatul de Omologare Tehnică Feroviară nr. 119/2022, emis de Autoritatea Feroviară Română

(certificatul este valabil cu respectarea O.M.T nr. 290/2020), cât și din Specificațiile tehnice aprobate de A.F.E.R.

Contestatoarea precizează că prin răspunsul la clarificare nr. CT1 10/1/155/30.03.2023, entitatea contractantă ignoră pct. VI 3 din Fișa de date prin care s-a dat eficiență dispozițiilor art. 166 din Legea nr. 99/2016 - *„cerințele tehnice definite la nivelul Caietului de Sarcini (...) vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea «sau echivalent»”*.

De asemenea, mai precizează că entitatea contractantă caută, cu orice preț, „culpabilizarea” sa, motiv pentru care aceasta invocă incidența H.G. nr. 108/2020, susținând, în mod eronat, faptul că ... nu poate oferta traverse impregnate cu TANALITH, întrucât specificațiile tehnice nu permit utilizarea pentru aplicații aferente acestui act normativ. Or, în situația de față, se poate observa în mod facil că scopul urmărit de prezenta procedura de achiziție publică vizează exclusiv utilizarea traverselor pe linii ferate industriale din subunitatea ... (pct. 3.1.1.3.2 din Caietul de Sarcini), iar nu realizarea interoperabilității sistemului feroviar din România cu sistemul feroviar al Spațiului Economic European [art. 1 alin. (1) din H.G. nr. 108/2020].

În final, contestatoarea precizează că, potrivit punctelor 8 și 15 din preambulul Directivei europene nr. 2011/71 (care a produs efecte până la data de 31.08.2013) de modificare a Directivei 98/8 în vederea includerii creozotului ca substanță activă în anexa I la directivă, creozotul a fost considerat drept substanță cancerigenă, iar produsele biocide care conțin aceasta substanță trebuie autorizate doar pentru aplicații în cazul cărora, luându-se în considerare toate circumstanțele, nu sunt disponibile alternative corespunzătoare.

În cazul de față, afirmă contestatoarea, se poate observa că A.F.E.R. a omologat substanța TANALITH drept alternativă la utilizarea creozotului, aspect ce rezultă din Certificatul de Omologare Tehnică Feroviară nr. 119/2022. Mai mult, deși Anexa VII din Regulamentul UE nr. 528/22.05.2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide (care a înlocuit Directiva europeană nr. 2011/71) prevede că datele din Anexa nr. 1 din Directivă se regăsesc în Anexa nr. 1 a Regulamentului, se observă lipsa creozotului din lista de substanțe din Anexa Regulamentului - situație care atestă opțiunea autorităților europene spre eliminarea acestei substanțe de la utilizare, cunoscându-se efectele sale dăunătoare.

Motivat de faptul că din recipisa de consemnare a cauțiunii transmisă de contestatoare, în original, la dosarul cauzei, rezultă că aceasta este aferentă anunțului de participare nr. „...” și nu ... cum ar fi fost corect, prin adresa nr. ...26.04.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei remedierea respectivei erori.

În data de 27.04.2023, originalul recipisei a fost predat contestatoarei, pe bază de proces-verbal, în vederea remedierii, cu precizarea că, după rectificarea acesteia, recipisa va fi returnată Consiliului.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 23351/02.05.2023, contestatoarea a depus la dosarul cauzei originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 209046815/1, eliberată de CEC Bank, sucursala Constanța, în cuantum de 5.894 lei, cu rectificarea operată de CEC Bank în sensul că recipisa privește procedura CN 1053651.

Prin adresa nr. .../19.05.2023, Consiliul a solicitat entității contractante transmiterea dosarului achiziției în format fizic. Entitatea contractantă a transmis documentele solicitate prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 27814/22.05.2023.

Prin adresa nr. .../07.06.2023, Consiliul a informat entitatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în legătură cu faptul că termenul de soluționare a contestației a fost prelungit cu 10 zile.

Entitatea contractantă a transmis la dosarul cauzei Standardul SR EN 13145 (limba română) și Standardul SR EN 599-1+A1 (limba română și engleză), documentele fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 32959/19.06.2023, nr. 33099/20.06.2023 și nr. 33477/21.06.2023.

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

...., în calitate de entitate contractantă, a organizat o procedură de atribuire, prin „licitație deschisă” a contractului având ca obiect „Furnizare traverse de lemn fag impregnate și placate anticrăpare, normale și speciale”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. și a documentației de atribuire, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de 02.05.2023, ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 294.677,76 lei.

La data soluționării cauzei, procedura de atribuire se afla în starea „suspendată”.

Nemulțumită de cerințele documentației de atribuire, ... a depus la Consiliu contestația de față, prin care a solicitat remedierea caietului de sarcini, respectiv a cerinței de la pct. 3.1.1.3.6 - Impregnarea și placare anticrăpare.

... a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209046815/1, eliberată de CEC Bank, sucursala Constanța, în cuantum de 5.894 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 611 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la excepția tardivității contestației formulate de către invocată de către entitatea contractantă, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*” și se va pronunța cu prioritate asupra excepției.

Entitatea contractantă își întemeiază excepția pe faptul că „prima” contestație, formulată de ..., privește o altă procedură de atribuire, iar cea de a „doua” a fost transmisă tardiv (în 06.04.2023) raportat la momentul publicării anunțului de participare, în 29.03.2023.

Consiliul constată că prin contestația depusă la data de 06.04.2023 ... a îndreptat eroarea materială din contestația transmisă în 03.04.2023 și 04.04.2023, respectiv numărul anunțului de participare - CN 1052604/28.02.2023 a fost modificat în nr.2023. În tot cuprinsul „primei” contestații se face referire la documentația de atribuire, solicitarea de clarificări și răspunsul achizitorului la această solicitare, aferente anunțului de participare nr. CN 1053651/29.03.2023.

Astfel, întrucât în 06.04.2023 a fost îndreptată eroarea materială strecurată în contestația depusă în 03.04.2023, nu se poate vorbi de o nouă contestație.

Consiliul reține că actul administrativ contestat este documentația de atribuire publicată în SEAP la data de 29.03.2023.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță sunt aplicabile dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea estimată a achiziției publice, menționată în anunțul de participare (294.677,76 lei), mai mică decât pragul valoric menționat la art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, și a tipului de contract (furnizare), rezultă faptul că ... a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația Consiliului și entității contractante într-un anumit termen, respectiv în 7 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv documentația de atribuire.

Urmare a luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, la data de 29.03.2023, a transmis către C.N.S.C. și către entitatea contractantă, contestația, în termen, prin e-mail, la data de **03.04.2023**, respectându-se termenul legal de 7 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, anterior calculat.

Astfel, Consiliul reține că potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „(1) *Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și **se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului***”, iar potrivit art. 183 art. (1) și (3) din Codul de procedura civilă, „(1) *Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau **e-mail, este socotit a fi făcut în termen.*** (...) (3) *În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum **și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a e-mail-ului**, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, **serveșc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată***”.

În aceste condiții, constatându-se că ... a formulat și transmis la C.N.S.C. și entitatea contractantă contestația în termenul legal, Consiliul va respinge excepția invocată de către entitatea contractantă referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către

Afirmația entității contractante că a doua contestație a fost trimisă în afara termenului de contestare, nu va fi reținută de Consiliu în soluționarea contestației, deoarece există o singură contestație transmisă de 3 ori, adică în data de 03.04.2023, 04.04.2023 și respectiv, în data de 06.04.2023 (ca urmare a adresei CNSC nr. 18608/883/C5/06.04.2023, fiind corectată eroarea materială referitoare la numărul anunțului de participare publicat în SEAP).

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prezenta contestație vizează documentația de atribuire (caietul de sarcini), publicată de entitatea contractantă, în SEAP, odată cu anunțul de participare, respectiv la data de 29.03.2023.

Nemulțumită de anumite cerințe tehnice din caietul de sarcini a investit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând remedierea caietului de sarcini, conform criticilor din cuprinsul contestației.

Consiliul urmează a proceda la soluționarea contestației analizând modul în care entitatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, sub aspectele criticate în contestație, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către părți.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la cerința de la pct. 3.1.1.3.6. din caietul de sarcini, Consiliul reține următoarele prevederi din cadrul fișei de date a achiziției:

„VI.3 Informații suplimentare

Cerințele tehnice definite la nivelul anunțului de participare, caietului de sarcini sau altor documente complementare, prin trimiterea standardelor, la un anumit producător, la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție/metodă specifică de fabricație/prestare/execuție, vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea «sau echivalent»”.

Prin caietul de sarcini, entitatea contractantă a solicitat:

„3.1.1.3.6. Impregnarea și placare anticrăpare

Impregnarea traverselor de lemn normale și a traverselor de lemn speciale, pentru calea ferată se face cu «Creozot ecologic tip C» conform cerințelor de performanță ale produselor din clasa de risc 4 definite de SR EN 599-1+A1:2014. Determinarea conformității cu cerințele de performanță din SR EN 599-1+A1:2014 trebuie să includă datele încercărilor conform SR EN 252:1995, SR EN 252:1995/AC1:2003 și orice alte încercări considerate necesare dintre încercările locale precizate în SR EN 599-1+A1:2014.1.

Totodată, «Creozotul ecologic tip C» va respecta cerințele standardelor: SR EN 13991:2004, SR EN 1014-1:2010, SR EN 1014-2:2010, SR EN 1014-3:2010, SR EN 1014-4:2010 și SR EN ISO 2719:2003.

Impregnarea va fi executată prin procedeul vid-presiune, conform STAS 9302/5-90.

Extremitățile traverselor de lemn normale impregnate și a traverselor de lemn speciale impregnate se vor proteja prin aplicarea unor plăcuțe speciale metalice PSTL care să prevină sau să stopeze crăparea traversei. (Placa specială pentru prevenirea crăpării traverselor din lemn tip PSTL 200x120x1.3 mm).

După tratamentul de protecție, traversele de lemn fag impregnate și placate anticrăpare normale și speciale trebuie să satisfacă cerințele de penetrare ale clasei 8 (P8: penetrare completă în alburn) din SR EN 351-1/2007”.

Văzând această cerință, contestatoarea a formulat, prin adresa nr. 874/29.03.2023, următoarea solicitare de clarificări:

„Având în vedere că traversele de lemn impregnate cu TANALITH sunt calitativ superioare celor impregnate cu creozot tip C, sunt autorizate și agrementate pentru calea ferată de AFER și respectă toate standardele în domeniul impregnării traverselor, vă rugăm să specificați dacă se acceptă traverse de lemn de fag impregnate cu TANALITH”, la care entitatea contractantă a răspuns cu adresa nr. CT 1 10/1/155/30.03.2023, precizând:

„Conținut solicitare acceptare impregnare cu TANALITH:

La pct. 3.1.1.3.6 din caietul de sarcini nr. CT 18/3/297/15.03.2023 se solicită:

„Impregnarea și placare anticrăpare

(...)

Răspuns solicitare:

Nu se acceptă, întrucât nu sunt îndeplinite prevederile caietului de sarcini nr. CT 18/3/297/15.03.2023 pct. 3.1.1.3.6.”

Primind acest răspuns, contestatorul a formulat prezenta contestație, solicitând acceptarea și a altor produse/substanțe de protecție, respectiv Tanalith. În raport de această solicitare a contestatorului, Consiliul va analiza legalitatea impunerii unei anumite substanțe pentru protecția traverselor și nu produsul contestatorului.

Raportat la critica analizată, Consiliul constată incidența în cauză a următoarelor prevederi din Legea nr. 99/2016:

- art. 165 alin. (6):

„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. 166 alin. (1), (2) și (3):

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

a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și entitățile contractante să atribuie contractul;

b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene sau, în lipsa oricăra dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.

(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică,

care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse;

(3) Prin excepție de la dispozițiile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele «sau echivalent».

Din analiza normelor legale anterior precizate, rezultă că legiuitorul a prevăzut în sarcina entității contractante obligația ca la elaborarea documentației de atribuire aceasta să nu impună anumite cerințe tehnice care să afecteze principiul concurenței loiale, în baza căruia să se permită acces egal la derularea procedurii de achiziție publică.

Analizând conținutul punctului de vedere formulat de entitatea contractantă, Consiliul constată că, în speță, aceasta nu a prezentat nicio justificare rezonabilă pentru decizia de a impune produsul „Creozot ecologic tip C”, în raport de dispozițiile art. 165 din Legea nr. 99/2016.

Deși entitatea contractantă precizează la pct. VI.3 din fișa de date faptul că „*cerințele tehnice definite la nivelul caietului de sarcini (...) vor fi înțelese ca fiind însoțite de mențiunea «sau echivalent»*”, în realitate prin răspunsul la clarificare nr. CT 1 10/1/155/30.03.2023 aceasta ignoră prevederile legale de mai sus, cu consecința afectării principiilor nediscriminării și al tratamentului egal, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, în fapt fiind impus doar un anume tip de material.

Impunerea unei anume substanțe pentru protecția traverselor este contrară SR EN 13145+A1:2012, în care se precizează, la pct. 7.2.2, că „*Produsele de protecție utilizate pot fi creozotul **sau** cele conform cerințelor de performanță ale produselor din clasa de risc 4 definite de EN 599-1. Determinarea conformității cu cerințele de performanță din EN 599-1 trebuie să includă datele încercărilor conform EN 252 și orice alte încercări considerate necesare dintre încercările locale precizate în EN 599-1.*”

Din cele de mai sus reiese că standardul SR EN 13145+A1:2012 permite utilizarea mai multor produse de protecție, altele decât creozotul.

De asemenea, Consiliul constată că nici în standardul SR EN 599-1 nu se face referire la impregnarea traverselor cu creozot. Acest standard privește doar „*Durabilitatea lemnului și a materialelor derivate din lemn. Performanțe ale produselor de protecție preventivă a lemnului stabilite prin încercări biologice. Partea 1: Specificații pentru clasele de risc.*”, fără a fi impusă o anume substanță de protecție.

Prin indicarea, în caietul de sarcini, atât a substanței de protecție, cât și a standardelor ce trebuie îndeplinite de produsul supus ofertării, achizitorul a făcut trimitere la un anume produs, respectiv a determinat varianta constructivă a produsului, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art. 166 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care obligă la stabilirea specificațiilor tehnice printr-una dintre următoarele modalități:

prin raportare la cerințe de performanță **sau** cerințe funcționale **sau** prin trimitere la specificații tehnice (ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene).

Potrivit informațiilor din strategia de contractare și a cerințelor caietului de sarcini, entitatea contractantă este interesată să achiziționeze traverse de lemn de fag impregnate și placate anticrăpare, care să respecte anumite standarde, deci nefiind de interes, pentru atingerea necesității, achiziționarea unor traverse protejate prin aplicarea creozotului.

Raportat la dispozițiile legale anterior menționate, Consiliul constată că entitatea contractantă are dreptul de a-și formula cerințele într-un mod care să corespundă necesităților sale. Totuși, pentru ca aceste cerințe să nu devină obstacole față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici este necesar ca entitatea contractantă să prezinte o justificare obiectivă pentru impunerea cerințelor.

Având în vedere faptul că entitatea contractantă nu a prezentat o justificare obiectivă pentru impunerea produsului „Creozot ecologic tip C”, se impune și acceptarea altor produse/substanțe de protecție care respectă cerințele de performanță ale produselor din clasa de risc 4, definite de SR EN 599-1, revenindu-le ofertanților obligația de a dovedi conformitatea acestora.

Consiliul consideră că modul în care entitatea contractantă a stabilit cerința criticată este de natură a restrânge participarea operatorilor economici la procedură, comportament prohibit de dispozițiile Legii nr. 99/2016. Astfel, cerința privind o singură substanță duce la restricționarea accesului operatorilor economici la procedura sus menționată, iar aceasta se va desfășura cu încălcarea principiilor ce guvernează achizițiile publice.

Stabilind mai multe substanțe alternative (echivalente) pentru tratarea traverselor, entitatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Consiliul apreciază că entitatea contractantă, pentru a proceda în mod legal, trebuie să stabilească mai multe substanțe pentru tratarea traverselor.

Invocarea, de către entitatea contractantă, a HG nr. 108/2020 privind interoperabilitatea sistemului feroviar, este eronată, deoarece prezenta procedură de achiziție publică vizează exclusiv utilizarea traverselor pe linii ferate industriale din subunitatea S.R.T.F.C. Constanța (pct. 3.1.1.3.2 din caietul de sarcini), iar nu realizarea interoperabilității sistemului feroviar din România cu sistemul feroviar al Spațiului Economic European (art. 1 alin. 1 din H.G. nr. 108/2020).

Totodată, Consiliul constată că, în cuprinsul pct. 3.1.1.3.6 din caietul de sarcini, entitatea contractantă impune respectarea unor

standarde (SR EN 252:1995, SR EN 252:1995/AC1:2003 și SR ISO 2719:2003) care nu mai sunt în vigoare în prezent.

Conform art. 22 alin. (1) lit. b), alin. (2) și alin. (10) din HG nr. 394/2016:

„(1) Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele:

b) caiet de sarcini sau document descriptiv, acesta din urmă fiind aplicabil în cazul procedurilor de dialog competitiv, negociere sau de parteneriat pentru inovare; (...)

(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire;

(10) Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care 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 entității contractante”.

După cum rezultă din portalul ASRO:

- Standardul SR EN 252:1995 a fost înlocuit de standardul SR EN 252:2015;

- Standardul SR EN 252:1995/AC1:2003 a fost înlocuit de standardul SR EN 252:2015;

- Standardul SR EN ISO 2719:2003 a fost înlocuit de standardul SR EN ISO 2719:2016.

În aceste condiții, ofertanții nu pot întocmi oferte corecte care să respecte documentația de atribuire, conform dispozițiilor art. 88 din Legea nr. 99/2016 și art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de către EURO CONSTRUCT SA în contradictoriu cu SNTFC „C.F.R. CĂLĂTORI” SA.

Va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, excepția, invocată de entitatea contractantă, privind tardivitatea contestației formulate de către

Admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ...

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să remedieze documentația de atribuire, corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, să stabilească o nouă dată limită pentru primirea ofertelor.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

..

MEMBRU,

..

Redactat practicaua deciziei,

....

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 pagini.