



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ... / / ...

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. / 24.11.2020, formulată de, cu sediul în Qingdao, ..., ..., înregistrată la Biroul Național pentru Comerț și Industrie sub nr., și la Oficiul Fiscal având cod unic de identificare și, cu sediul în, înregistrat la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Arad sub nr., cod fiscal, reprezentate convențional prin, cu sediul procesual ales în, ..., ..., împotriva clarificării din oficiu nr., emisă de către, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, cod CPV 34620000-9-Material rulant (Rev.2), s-a solicitat eliminarea cerințelor suplimentare față de caietul de sarcini inițial introduse prin clarificarea nr. postată în SEAP la 11.11.2020, modificare cuprinsă și confirmată prin Erata nr., care impun ofertarea unui produs deja omologat „în conformitate cu reglementările europene” sau bazat pe un produs deja omologat „în conformitate cu reglementările europene”:

a) cerința 1.1.3.b regăsită la pag. 2 din Clarificarea nr. „1.1.3.b în vederea verificării termenelor de livrare a ramelor electrice, ofertantul trebuie să prezinte documente doveditoare privind produsul/produsele livrate, respectiv omologarea acestuia/acestora de către un organism neutru, în conformitate cu reglementările europene în vigoare la data respectivă”,

b) cerința 1.2. pct. 1 regăsită la pag. 3 din clarificarea nr. „Furnizorul va oferi un vehicul care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini, vehicul bazat pe un design dovedit (produs proiectat, construit și omologat de către un organism neutru), vezi cap. 1.12 aflat în exploatare cu călători. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs omologat care este în exploatare comercială”,

c) cerința 1.12 pct. 28 regăsită la pag. 4 din Clarificarea nr. „Produs omologat - ramă electrică destinată transportului feroviar de călători, care asigură o viteză de minim 120 km/h, omologată de către un organism neutru și/sau deține o autorizație de introducere pe piață, în conformitate cu reglementările europene în vigoare (specificații tehnice de interoperabilitate (STI) aplicabile materialului rulant (vezi cpt. 1.2. pct. 4), în vigoare, la data realizării)”,

d) mențiunile cu privire la omologarea la momentul ofertării cuprinse în cerințele 13.2.6, 13.2.8 – tabelul solicitat, din cadrul clarificării nr.,

e) oricare alte mențiuni introduse prin clarificarea nr., respectiv erata nr., care fac referire la cerința omologării „în conformitate cu reglementările europene” la momentul ofertării, respectiv cerința ofertării unui produs bazat pe un alt produs omologat în „conformitate cu reglementările europene”, precum și a oricăror mențiuni corespondente,

Eliminarea integrală a cerințelor suplimentare față de caietul de sarcini inițial introduse prin Secțiunea 13.5 – „sursele principalelor elemente/echipamente” din clarificarea nr. postată în SEAP la 11.11.2020, modificare cuprinsă și confirmată prin Erata nr., precum și continuarea proceduri cu documentația de atribuire remediată conform deciziei pronunțate, în termen de 10 zile de la data pronunțării acesteia.

....., cu sediul în, ..., ..., înmatriculată în sub numărul, având codul fiscal, reprezentată legal prin dl....., în calitate de împuternicit și convențional prin avocat, cu sediul profesional în, ..., unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură, a formulat cerere de intervenție, înregistrată la Consiliu cu nr. /04.12.2020, prin care a solicitat respingerea contestației și menținerea documentației

de atribuire, a eratei și clarificării în forma în care aceasta au fost publicate.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care au criticat clarificarea din oficiu nr., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, contestatoarele au prezentat un scurt istoric al procedurii de atribuire, făcând trimitere la decizia CNSC nr. din 09.09.2020, și decizia civilă nr. a Curții de Apel

Astfel, susțin contestatoarele, „pretinzând” că pune în aplicare o hotărâre judecătorească definitivă, autoritatea contractantă a reintrodus aceleași mențiuni cu privire la omologarea în Uniunea Europeană ala momentul ofertării, de data aceasta, ca o cerință tehnică a caietului de sarcini.

În opinia contestatoarelor, o astfel de conduită este nelegală, fiind contrară expres puterii de lucru judecat a considerentelor Deciziei civile nr. Autoritatea contractantă nu poate ocoli considerentele decizorii obligatorii ale unei hotărâri judecătorești prin reformularea unui factor de evaluare declarat nelegal drept o cerință a caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă a inclus o cerință abuzivă cu privire la necesitatea depunerii - la momentul ofertării - a unui „*acord preliminar*” din partea unui furnizor cu „*experiență*” cu privire la fiecare „*ansamblu/subansamblu/echipament principal*”. Contestatoarele consideră cerințele lipsite de orice legătură cu Decizia CNSC care a cauzat emiterea Eratei/Clarificării, cât și excesivă și subiectivă, aptă de a permite interpretări discreționare din partea autorității contractante.

Se arată că, actul contestat încalcă „flagrant” puterea de lucru judecat a deciziei civile nr. Unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice care prevede „*inter alia*” că soluția dată de către instanțe în mod definitiv oricărui litigiu să nu mai fie pusă în discuție.

În procedura de față s-a pronunțat o hotărâre judecătorească definitivă prin care s-a arătat pe larg că un act de favorizare a

operatorilor cu rame deja omologate în Uniunea Europeană este în afara legii, fiind restrictiv și discriminator.

Astfel, contestatoarele se prevalează de puterea de lucru judecat a considerentelor decizorii ale hotărârii judecătorești, neputându-se repune în discuție chestiuni tranșate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Temeiul legal al obligației unui organ jurisdicțional de a respecta latura pozitivă a puterii de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești definitive anterioare este oferit de art. 431 alin. (2) C. pr. civ.

Se arată că, argumentele care evidențiază caracterul restrictiv al oricărui act al autorității contractante de impunere a unei cerințe privind omologarea în cadrul Uniunii Europene la momentul ofertării au fost deja evocate în cuprinsul Deciziei civile nr.

Contestatoarele consideră că actul contestat încalcă puterea de lucru judecat a deciziei civile nr. Prin decizia civilă nr., Curtea de Apel a evidențiat, pe larg, nelegalitatea unui factor de evaluare, care să puncteze, în orice formă, deținerea la momentul ofertării a unei omologări/autorizări a ramei feroviare la nivelul Uniunii Europene.

Menționând jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție, și prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) și art. 155 alin. (6) ale Legii nr. 98/2016, contestatoarele consideră că autoritatea contractantă nu poate „negocia” cât de obligatorii sunt dispozițiile trasate de o hotărâre judecătorească definitivă.

În opinia contestatoarelor, chiar dacă s-ar face abstracție „ad absurdum” de existența deciziei civile nr., cerința privind deținerea unui produs omologat deja în conformitate cu reglementările europene este nelegală.

Redând cerințele caietului de sarcini prevăzute la secțiunile 1.3.1, 1.5, 1.11, 9.2.1 ale caietului de sarcini se precizează că, anterior actelor contestate, omologarea în cadrul Uniunii Europene a RE-IR reprezenta, în mod corect, o cerință aplicabilă pentru momentul livrării.

Susțin contestatoarele că, la momentul execuției contractului, autoritatea contractantă va beneficia în mod evident de rame electrice ce dețin omologare UE, autorizație de punere în funcțiune pe rețeaua feroviară din Uniunea Europeană, respectiv din România. Faptul că la momentul ofertării un participant deține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea europeană nu poate prezenta un beneficiu real și concret pentru autoritatea contractantă. Oricum, la momentul livrării, rama electrică trebuie însoțită de documentația de omologare UE și de autorizația de introducere de punere în funcțiune suplimentară care permite circulația în România.

De asemenea, înainte de momentul livrării, autoritatea contractantă nu beneficiază de circulația ramei pe vreo rețea europeană, faptul că unitatea RE-IR a unui anume ofertant ar circula deja pe o rețea europeană nu îi aduce autorității contractante vreun beneficiu în executarea contractului pe care îl licitează.

Prin urmare, contestatoarele subliniază că discriminarea realizată de actul contestat între ofertanții care au o ramă deja pusă în funcțiune în Uniunea Europeană și ofertanții a căror ramă este în curs de omologare în Uniunea Europeană este lipsită de fundament - nu există un temei obiectiv, real și concret, al favorizării primei categorii de ofertanți.

Față de aceste aspecte, societățile contestatoare redau jurisprudența Consiliului susținând că cerința tehnică nou introdusă este lipsită de legătură directă cu obiectul contractului.

Prezentul contract are ca obiect proiectarea și livrarea unui produs nou, indiferent de operatorul care este câștigător, acesta va trebui să omologheze produsul nou, operațiune care este diferită de la un produs la altul.

Astfel, este lipsit de relevanță că un operator economic a omologat în trecut alt produs, având alte caracteristici față de cel ce trebuie proiect și livrat în prezenta procedură. Aceasta cu atât mai mult cu cât omologarea trenului ce este ofertat în această procedură se va face raportat la o nouă legislație, anume Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului care a intrat în vigoare la 16 Iunie 2019.

Și din această perspectivă, este lipsită de relevanță omologarea unui tren acum 15 ani/10 ani/5 ani /3 ani atât timp cât oricum produsul nou ce este ofertat va trebui să treacă printr-o omologare nouă, cu aplicarea unei noi legislații, ținând și cont că normativele tehnice la care s-au raportat omologările ce ar fi prezentate în justificarea punctelor aferente acestui factor de evaluare s-au modificat de-a lungul anilor.

Totodată, contestatoarele susțin că o astfel de discriminare este contrară inovației în domeniu, autoritatea contractantă descurajând fără vreun temei legal ramele electrice noi, care parcurg acum procedurile de autorizare. Și acest aspect a fost subliniat de Decizia civilă nr. 741 /2020 a Curții de Apel

În continuare, se arată că, prin erata și clarificarea publicate în 11.11.2020, autoritatea contractantă a introdus o secțiune nouă, 13.5- *Sursele principalelor elemente/echipamente* prin care a impus anumite cerințe nelegale, în opinia contestatoarelor.

Menționând prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoarele contestației susțin că rațiunea modificării caietului de sarcini prin erată a fost justificată de autoritatea contractantă prin emiterea Deciziei CNSC nr. Însă, prin această decizie, Consiliul a admis contestația depusă de și a dispus anularea măsurii autorității contractante de anulare a procedurii și obligarea autorității la continuarea acesteia.

Această decizie nu îndreptățește în niciun mod autoritatea contractantă, în aprecierea contestatoarelor, la introducerea unor condiții *stranii și excesive* privind depunerea unui „*acord preliminar*” cu fiecare furnizor al echipamentelor oferite. Astfel, autoritatea contractantă poate decide după bunul plac, fără a putea fi cenzurată de vreo instanță de judecată, care ofertant/furnizor este agreeat de aceasta și care nu. O cerință lipsită de obiectivitate și previzibilitate încalcă principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, societățile contestatoare invocă practica judiciară, susținând totodată că, cerința este disproporționată și excesivă față de obiectul contractului.

A cere depunerea odată cu oferta a unui „*acord preliminar*” cu fiecare furnizor - în cazul unei licitații care presupune și proiectare - reprezintă un obstacol excesiv în calea ofertării, susțin societățile contestatoare.

Autoritatea contractantă însăși a recunoscut că implementarea contractului poate fi oricând realizată cu alți furnizori terți, astfel că este complet excesiv și lipsit de legătură cu obiectul contractului a cere - odată cu ofertarea - depunerea unor „*acorduri preliminare*” cu anumiți furnizori.

Însăși noțiunea unui „*acord preliminar*” este neclară din punct de vedere al efectelor juridice, în realitatea reprezentând o formalitate prin care se îngreunează participarea în procedură, în mod nejustificat.

Câtă vreme respectivul acord nu obligă oricum la menținerea respectivului furnizor, cerința este lipsită de orice legătură cu obiectul contractului și, disproporționată. În acest mod, autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 155 alin. (2) al Legii nr. 98/2016.

Verificarea modalității de fundamentare a ofertei în relația cu furnizorii este reglementată printr-un instrument diferit, respectiv de art. 210 din Legea nr. 98/2016. În concluzie, societățile contestatoare consideră că Secțiunea 13.5 a Clarificării încalcă și prevederile art. 155 alin. (6) al Legii nr. 98/2016.

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

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

Cu adresa nr. din 02.12.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. din 03.12.2020, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de, solicitând respingerea acesteia, ca netemeinică.

În motivare, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, și în referire la nelegalitatea cerinței privind deținerea omologării în Uniunea Europeană la momentul ofertării, menționează următoarele aspecte:

Contestatoarele nu au înțeles decizia Curții de Apel și documentația de atribuire și au interpretat greșit scopul de a modifica documentația de atribuire, prin eliminarea unor cerințe din documentația de atribuire.

Decizia Civilă nr. a Curții de Apel evidențiază și face referire ca - tip de nelegalitate - a factorului de evaluare - invocând doar faptul că în calitate de autoritatea contractantă a făcut o confuzie prin - dublarea unei cerințe de conformitate printr-un factor de evaluare, admite existența ca cerință minimală în caietul de sarcini obligația de a prezenta la livrare un produs omologat.

Astfel, Curtea de Apel, prin Decizia civilă nr., a decis și a obligat autoritatea contractantă la eliminarea factorului de evaluare „Validare tehnică” ce are ca cerință de bază „o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate ERA”, decizie pe care autoritatea contractantă a dus-o la îndeplinire modificând documentația prin publicarea Clarificarea din oficiu nr. și Eratei nr. și nu a făcut referire la alte cerințe ale autorității contractante privind omologarea ramelor și momentul omologării menționate în caietul de sarcini, admitând faptul că este obligatoriu ca toate cerințele din caietul de sarcini să fie respectate de către ofertant.

Cerințele autorității contractante, au fost modificate față de caietul de sarcini inițial prin Erată și Clarificările din oficiu, într-un sens mult mai larg, ca produsul ofertat să fie proiectat, construit și omologat de către un organism neutru în conformitate cu reglementările europene în vigoare, aflat în exploatare cu călători (ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs omologat care este în exploatare comercială).

Mențiunea ca produsul ofertat să fie proiectat, construit și pus în funcțiune „în conformitate cu reglementările europene”, nu poate fi considerată nelegală ci obligatorie și o condiție sine-qua-non pentru circulația pe rețelele europene.

Autoritatea contractantă, făcând trimitere la decizia CNSC nr., susține că cerința privind omologarea ramelor nu constituie o discriminare între două categorii de vehicule, aduce garanția realizării

obiectului contractului și implicit o execuție superioară acestuia, în sensul art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, apreciază că a respectat art. 154, art. 155 și art. 156 din Legea nr. 98/2016, elaborând documentația de atribuire astfel încât să asigure operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, stabilind specificațiile tehnice prin documentația de atribuire, vizând procesul sau metoda specifică de fabricație a produselor, în legătură cu obiectul contractului de achiziție, făcând trimitere la cerințele obligatorii din regulamentele europene.

În opinia autorității contractante, cerința privind omologarea produsului ofertat nu este restrictivă, nu reprezintă obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, nefiind impusă nici o restricție, deoarece are legătură cu natura și obiectul contractului în curs de atribuire, face parte din documentația de atribuire publică și permite participarea neîngrădită a mai multor operatori economici eligibili de pe piața internațională de material rulant, ce au deja trenurile/ramele omologate.

În susținerea celor de mai sus ARF, în calitate de autoritate contractantă, justifică cerințele din caietul de sarcini în baza prevederilor legale care conferă autorității contractante *„dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/ acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător”*.

Obiectivul autorității contractante nu este doar acela de a organiza o procedură de achiziție ci și de a asigura semnarea în termen a contractului și implementarea acestuia, în aceste condiții cerința de calitate a autorității contractante reprezintă capacitatea ramei ofertate de a fi pusă în circulație pe o rețeaua feroviară din România, parte a rețelei feroviare a Uniunii Europene, în condițiile regulamentelor europene, ce trebuie dovedite cu documente concrete, independente de declarațiile pe propria răspundere ale fiecărui producător în parte.

Acest aspect a fost subliniat ca relevant de către CNSC prin decizia nr. prin mențiunea - că o ofertă care conține o unitate RE-IR care circulă pe o rețea europeană este un avantaj pentru autoritatea contractantă o siguranță că produsele ce fac obiectul achiziției pot fi construite/fabricate în timpul cerut prin documentația de atribuire, eliminându-se practic riscul ofertării unor produse care, la momentul livrării, nu sunt omologate în conformitate cu prevederile din regulamentele europene în vigoare în momentul ofertării.

Având în vedere valoarea și importanța contractului cu finanțare europeană nerambursabilă încă din etapa de evaluare, ofertantul trebuie să dovedească că produsul ce va fi livrat îndeplinește cerințele tehnice și de interoperabilitate.

Ofertantul va trebui să prezinte documentele ce dovedesc omologarea unui produs similar, așa cum a fost el definit la punctul 1.12, din caietul de sarcini, actualizat, prin actul contestat, de către un organism neutru și/sau că deține o autorizație de introducere pe piață. Cerințele menționate de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire sunt singurele în măsură de a permite verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți privind livrarea unor produse oferite prin care operatorul economic face dovada capacității tehnice și profesionale, informații necesare și adecvate pentru a asigura autoritatea contractantă că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător, de a da siguranța că produsele pot fi fabricate și pot fi efectiv puse în funcțiune/exploatare comercială și în timpul cerut de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

Îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire reprezintă aptitudinea operatorilor economici de a livra efectiv un produs nou fabricat care îndeplinește cerințele din documentația de atribuire - *unități omologate în conformitate cu reglementările europene în vigoare la data ofertării*, asigurându-se atât verificarea aspectelor exclusiv declarate în ofertele depuse, precum și finalitatea procedurii de atribuire însăși, fără a aduce atingere inovației din domeniu la momentul ofertării.

Autoritatea contractantă a gândit cerințele menționate în caietul de sarcini inițial, actualizat ulterior prin *Erata și Clarificările din oficiu*, tocmai pentru a reprezenta un ajutor concret și real pentru autoritatea contractantă în atribuirea contractului de achiziție publică unui operator capabil să implementeze contractul într-un cadru European unic, față de situația în care operatorul economic se poate prevala de simple declarații, nesustținute tehnic, imposibil de realizat în intervalele de timp declarate, având în vedere documentația necesară și întreaga durată a procedurii de omologare. Autoritatea contractantă trebuie să asigure identificarea și eliminarea oricărui risc în implementarea contractului, astfel: până la momentul livrării, produsele oferite să nu fi fost omologate în conformitate cu specificațiile tehnice de interoperabilitate (ST1) în vigoare (*Punctul 11 Riscuri aferente implementării contractului - Caietul de Sarcini*), depășirea termenului de livrare ofertat.

Astfel, odată ce operatorul economic face dovada că produsul oferat a fost deja pus în funcțiune și a fost omologat de către un organism neutru, autoritatea contractantă poate considera că a înlăturat un risc major în implementarea contractului, cu respectarea termenului de livrare.

Prin cerința sa privind omologarea anterioară a produsului/familiei de produse din care derivă produsul nou oferat, autoritatea contractantă a avut în vedere achiziția unui „*produs de raft*” și nu se referă la proiectarea/dezvoltarea/omologarea unui concept nou de sistem de transport feroviar.

Caracterul inovativ al produsului oferat a fost înțeles de către autoritatea contractantă strict la nivelul echipamentelor din dotarea ramelor urmărind aspecte legate de fiabilitate ridicată, sisteme de siguranță a circulației performante, consum mic de energie, costuri reduse de mentenanță; în acest sens au fost solicitate listele cu producătorii de echipamente, pentru a se vedea experiența acestora în producerea de echipamente, precum și experiența compartimentului/compartimentelor de cercetare pentru proiectarea și producerea de echipamente de ultimă generație.

Referitor la nelegalitatea cerințelor suplimentare față de caietul de sarcini inițial introduse prin secțiunea 13.5 din clarificarea nr. ..., autoritatea contractantă susține că nu a stabilit un set de criterii minime, ci doar faptul că furnizorul de componente să aibă experiență. În acest sens, sunt invocate dispozițiile art. 172 alin. (4) și art. 174 din Legea nr. 98/2016, susținându-se că abordarea este similară cu cea legată de subcontractanți.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. /04.12.2020, ... solicită respingerea contestației și menținerea documentației de atribuire, a eratei și clarificării în forma în care acestea au fost publicate.

Ulterior justificării interesului său de a interveni în prezenta cauză, societatea intervenientă consideră că nu există putere de lucru judecat. Decizia Curții de Apel nu analizează cerința privind obligația de a proba omologarea produsului oferat; mai mult, decizia Curții de Apel confirmă posibilitatea de a fi instituită o astfel de cerință tehnică de conformitate, aspect indicat expres în motivare.

Astfel, intervenienta precizează că decizia Curții de Apel nu analizează obligația ofertanților de a proba posibilitatea de omologare a trenurilor oferate, ci strict acordarea unui punctaj urmare a deținerii unei rame pusă anterior în funcțiune pe o rețea Europeană. Prin urmare, toate considerentele deciziei Curții de Apel se raportează strict la legalitatea unui factor de evaluare, neputând fi preluate și analizate în mod similar pentru o specificație tehnică / cerință a caietului de sarcini.

În acest sens, se menționează că autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Curții de Apel Astfel s-a remediat documentația de atribuire prin eliminarea factorului de evaluare „validare tehnică”.

Totodată, decizia autorității contractante de a include obligația ofertanților de a furniza dovezi din care să rezulte omologarea ramei pe care se bazează RE-IR ofertat în cadrul procedurii de atribuire nu contravine considerentelor deciziei instanței. Prin considerentele deciziei s-a stabilit în mod clar posibilitatea autorității contractante de a impune cerințe tehnice în caietul de sarcini care, dacă nu sunt îndeplinite de către ofertanți, atrag constatarea neconformității ofertei, precum și obligația autorității de a verifica în concret exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate. Astfel, demersul autorității contractante urmează exact raționamentul instanței care a condus la obligarea autorității la dispunerea măsurilor de remediere, respectiv impunerea unei cerințe tehnice de conformitate care să probeze posibilitatea de a omologa rama ofertată prin depunerea documentelor ce demonstrează omologarea ramei pe care se bazează.

Pentru a putea fi criticate actele autorității contractante în raport de puterea de lucru judecat a deciziei instanței este obligatorie existența unei identități de obiect, cauză și părți. Dacă disputa vizează aceleași părți, precum și aceeași procedură de atribuire, obiectul și cauza sunt fundamental diferite.

Raționamentul instanței se raportează în mod limitativ la impunerea unei astfel de cerințe ca factor de evaluare, iar nu ca o cerință care vizează probarea îndeplinirii specificațiilor tehnice ale ramei ofertate.

De asemenea, societatea intervenientă consideră că cerințele impuse prin actele atacate nu sunt restrictive sau contrare principiilor aplicabile materiei achizițiilor publice.

..... precizează că autoritatea contractantă deține atributul exclusiv privind publicarea unei erate la documentația de atribuire.

Potrivit art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a publica un anunț tip erată de fiecare dată când intervin modificări ale documentației de atribuire. Prin urmare, independent de existența deciziei Curții de Apel și a deciziilor anterioare emise de către CNSC, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a publica Erata și Clarificarea prin care să lămurească documentele necesar a fi depuse în cadrul ofertei pentru demonstrarea posibilității de omologare a ramei ce urmează a fi ofertată.

Totodată, relevant este și faptul că cerința prevăzută la pct. 13.2.6 din Clarificare se regăsește și în caietul de sarcini. Prin urmare, dat fiind că, prin clarificare, cerința a fost doar reluată, aceasta nu poate face obiectul prezentei contestații, caracterul său rămânând definitiv prin necontestare.

Societatea intervenientă susține că obligația probării modalității prin care ofertanții îndeplinesc cerințele caietului de sarcini vizează protejarea autorității contractante de depunerea unei oferte conținând declarații și angajamente pur oportuniste și în consecință, nu este de natură a conduce la încălcarea principiilor și nici nu limitează accesul la procedura de atribuire.

În opinia societății interveniente, cerința de indicare a surselor principalelor elemente/echipamente nu contravine niciunei dispoziții legale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., ... a formulat *note scrise* prezentând sintetic argumente în susținerea respingerii contestației.

În urma studiului dosarului achiziției, societățile contestatoare au depus *concluzii scrise* înregistrate la Consiliu sub nr., solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată și reiterând susținerile din cuprinsul contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., autoritatea contractantă a depus *concluzii scrise* aducând contraargumente la cele susținute de autoarele contestației.

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

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

Consiliul reține că, în cadrul prezentei proceduri, ... a depus contestație împotriva documentației de atribuire, soluționată prin decizia nr. din 04.05.2020, în sensul respingerii, ca nefondată.

Împotriva deciziei Consiliului, ... a formulat plângere în fața Curții de Apel, instanța de judecată modificând decizia organismului administrativ-jurisdicțional prin pronunțarea deciziei civile nr. din 15.06.2020.

Ulterior, autoritatea contractantă a dispus anularea procedurii de atribuire, fiind încheiat, la data de 04.08.2020, procesul-verbal al ședinței de anulare, înregistrat sub nr.

Nemulțumite de soluția pe care autoritatea contractantă a îmbrățișat-o în privința procedurii de atribuire, ... au depus o nouă

contestație soluționată, în raport cu, prin emiterea deciziei nr., Consiliul dispunând anularea măsurii de anulare a procedurii cuprinsă în *procesul-verbal al ședinței de anulare a procedurii de atribuire*, înregistrat sub nr., și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

Împotriva deciziei de anulare publicată în SEAP la data de 23.09.2020, ... a investit Consiliul cu o nouă contestație, soluționată prin decizia CNSC nr. în sensul rămânerii fără obiect.

Nemulțumite de *clarificarea din oficiu nr.* la documentația de atribuire, postată în SEAP la 11.11.2020, ..., *în calitate de operatori economici interesați pentru a participa în asociere*, pentru care a fost prezentat acordul de asociere încheiat la 03.08.2020, au investit Consiliul (consemnând și cauțiunea aferentă) cu prezenta contestație, solicitând eliminarea cerințelor suplimentare față de caietul de sarcini.

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

Consiliul reține că, prin erata nr., au fost aduse modificări asupra criteriului de atribuire având în vedere cele hotărâte definitiv de către Curtea de Apel prin decizia sa nr. din 15.06.2020, în sensul redistribuirii punctajului acordat componentelor criteriului de atribuire. Astfel, pentru componenta financiară au fost acordate 60 de puncte, pentru componenta calitate 40 de puncte, în cadrul acestei din urmă componente fiind punctat programul de livrare cu 30 de puncte și plusvaloare cu 10 puncte.

Relativ la cerințele introduse prin *clarificarea din oficiu nr.* ce fac, practic, obiectul diferendului dintre părți, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă a fixat prin respectivul înscris o serie de cerințe, apreciate de autoarele contestațiilor ca fiind nelegale, identificate de acestea după cum urmează:

- Pag. 2 din clarificare – cerința 1.1.3.b - În vederea verificării termenelor de livrare a ramelor electrice, ofertantul trebuie să prezinte documente doveditoare privind produsul/produsele livrate, respectiv omologarea acestuia/acestora de către un organism neutru, în conformitate cu reglementările europene în vigoare la data respectivă;

- Pag. 3 din clarificare – cerința 1.2 punctul 1 - Furnizorul va oferi un vehicul care sa îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini, vehicul bazat pe un design dovedit (produs proiectat, construit și

omologat de către un organism neutru), vezi cap. 1.12) aflat în exploatare cu călători. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs homologat care este în exploatare comercială;

- Pag. 4 din clarificare – cerința 1.12 punctul 28 - „Produs homologat” - ramă electrică destinată transportului feroviar de călători, care asigură o viteză de minim 120 km/h, homologată de către un organism neutru și/sau deține o autorizație de introducere pe piață, în conformitate cu reglementările europene în vigoare (specificații tehnice de interoperabilitate (STI) aplicabile materialului rulant (vezi cpt.1.2, pct.4), în vigoare, la data realizării);

- Pag. 11 din clarificare – cerința 13.2 punctul 6 - Având în vedere obiectul contractului ce presupune proiectarea și fabricarea RE-IR, modul de îndeplinire a cerințelor stabilite prin caietul de sarcini va fi detaliat și justificat corespunzător la nivelul ofertei tehnice, pe baza tehnologiei proprii/experienței în domeniu/capacității de producție etc., de care dispune fiecare dintre ofertanți. Ofertanții vor putea justifica/demonstra îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini prin orice mijloace adecvate (pot fi prezentate în susținere inclusiv documente oficiale din care să rezulte că au furnizat produse omologate având parametrii la nivelul ofertat);

- Pag. 12 din clarificare – cerința 13.2 punctul 8 – Ofertantul va prezenta în oferta tehnică documente justificative din care să rezulte că termenele de livrare asumate sunt realiste și rezonabile. Documentele vor arăta că timpii asumați pentru proiectare, realizare, testare, omologare și recepție sunt justificați, având în vedere atât organizarea și capacitatea furnizorului, cât și contextul legal, instituțional și contractual.

De asemenea, oferta tehnică va include informațiile solicitate prin prezentul caiet de sarcini, cum ar fi (dar fără a se limita la) cele listate în următorul tabel:
(...)

- Pag. 19 din clarificare – secțiunea 13.5 Sursele principalelor elemente/echipamente - Pentru fiecare ansamblu / subansamblu / echipament principal, inclusiv cel puțin fiecare dintre cele listate mai jos, ofertantul va indica în oferta sa tehnică, sursa de la care intenționează să procure ansamblul / subansamblul / echipamentul respectiv. Ori de câte ori sursa indicată este ofertantul (în caz de asociere, unul dintre membrii asocierii) ca atare, atunci ofertantul (în caz de asociere, membrul relevant al asocierii) va demonstra că are experiență în producția respectivului element / echipament și va indica resursele tehnice și umane necesare pentru această producție, inclusiv locul de producție.

Ori de câte ori sursa indicată este un furnizor terț, atunci ofertantul va demonstra că acest furnizor are experiență în producția respectivului element/echipament, va indica resursele tehnice și umane necesare pentru această producție, și va include în oferta tehnică un acord preliminar din partea furnizorului respectiv.

Acest acord preliminar va confirma disponibilitatea furnizorului respectiv să livreze către ofertant elementele / echipamentele respective.

Printre altele, acordul preliminar va menționa explicit :

- Numele furnizorului,
- Numele ofertantului (în caz de asociere, membrul relevant al asocierii)
- Elemente de identificare a prezentei proceduri

- Elemente / echipamente intenționate a fi livrate de către furnizor ofertantului în cazul în care contractul este atribuit ofertantului și numărul acestora,

- Locul de producție a elementelor / echipamentelor,
- Calendarul / termenele de livrare de la data semnării contractului.

Acordul preliminar are ca scop sa fundamenteze oferta astfel încât ofertantul să demonstreze autorității contractante ca oferta sa este una temeinic elaborată.

Se precizează următoarele:

- În implementarea contractului, riscul aferent unor furnizori terți (disponibilitate, prețuri, condiții contractuale, calitate, etc) este în întregime alocat Furnizorului;

- Acordurile preliminare sunt date spre informarea autorității contractante și nicio prevedere a acordurilor preliminare nu este opozabilă autorității contractante;

- Atribuirea contractului ofertantului nu presupune în vreun fel acceptul autorității contractante cu privire la un anumit furnizor terț și nu înlocuiește în vreun fel prevederile prezentului caiet de sarcini și / sau ale contractului;

- În timpul implementării contractului, Furnizorul poate alege, alți furnizori terți decât cei indicați în oferta, cu condiția să fie pe deplin respectate prevederile contractului și ale caietului de sarcini;

- În niciun caz autoritatea contractantă nu impune ca acordul preliminar să reprezinte un angajament exclusiv din partea furnizorului terț față de un anumit ofertant.

(...)

În plus față de rigorile mai sus identificate, contestatoarele solicită eliminarea și a oricăror alte mențiuni din clarificare care fac referire la cerința omologării *în conformitate cu reglementările europene la momentul ofertării*, respectiv cerința ofertării unui produs bazat pe un alt produs omologat *în conformitate cu reglementările europene*.

În concret, condamabil, din punctul de vedere al contestatoarelor, este reintroducerea la nivelul caietului de sarcini, prin intermediul clarificării antereferite, a mențiunilor privind omologarea în conformitate cu reglementările europene la momentul ofertării. Contestatoarele își argumentează susținerile pe încălcarea puterii de lucru judecat a deciziei civile nr. 741/15.06.2020 și pe nelegalitatea introducerii cerințelor prin prisma caracterului restrictiv al acestora.

Consiliul stabilește că, în prezenta speță, nu se poate reține existența autorității de lucru judecat pentru admiterea ca atare a contestației, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile art. 431 alin. (1) C. proc. civ. - „*Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect.*” Actele atacate prin contestațiile anterioare sunt diferite.

Însă, pe deplin aplicabil este efectul puterii de lucru judecat, statuat la art. 431 alin. (2) C. proc. civ. și corect invocat de autoarele contestațiilor - *„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*

Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecării, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecării, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Astfel, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul expus de Curtea de Apel prin decizia civilă nr., prin care a fost obligată autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire prin eliminarea factorului de evaluare validare tehnică, constând în prezentarea unei rame pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de

Este adevărat că argumentele instanței de judecată au vizat eliminarea cerinței privind prezentarea, la momentul ofertării, a unei rame omologate anterior, instituită drept factor de evaluare, pe motiv că se impune o restricționare la ofertare, însă judecata este pe deplin aplicabilă în susținerea eliminării, de data aceasta, a cerinței din caietul de sarcini ce privește deținerea la momentul ofertării a unei omologări a ramei feroviare.

În continuare, Consiliul face apel la considerentele Curții de Apel evocate în decizia nr.:

...este corectă susținerea petentei că toate trenurile vor urma un proces de autorizare/reautorizare....

Practic atât autoritatea contractantă cât și, precum și CNSC susțin că factorul de evaluare nu este nelegal și nici restrictiv pentru că nu reprezintă o cerință de calificare și nu determină eliminarea, înlăturarea ofertantului din procedură, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici la procedură.

Afectarea, îngrădirea concurenței se realizează însă indirect prin utilizarea cerinței în cauză ca și factor de evaluare, pentru că concurenții nu participă în condiții de egalitate la procedură ci **sunt favorizați acei ofertanți care anterior au deținut omologări ale unor produse similare.**

Este corectă susținerea petentei că în acest fel **este introdusă și o piedică în privința inovării** și progresului tehnic în domeniu, pentru că un

produs nou, care poate îngloba o tehnologie superioară este din start depunctat pentru că nu avea cum să dețină anterior o omologare/autorizare.

Așadar, prin inserarea ca și factor de evaluare a necesității deținerii unei rame puse în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA, și punctarea acestui factor cu 10 % din punctajul acordat, **concurența este afectată, fiind încălcate principiile nediscriminării și tratamentului egal prevăzute de art. 2 al. 2 lit a și b din legea nr. 98/2016.**

Practic autoritatea contractantă prin acest factor de evaluare nu obține un produs de o calitate superioară, superior tehnic, ori cu caracteristici estetice, funcționale mai bune.

Prin urmare solicitarea de prezentare a unei rame omologate anterior nu putea reprezenta decât o cerință privind capacitatea tehnică și profesională care este o cerință de calificare și nu un criteriu de atribuire ori un factor de evaluare.

Prin urmare prin factorii de evaluare stabiliți nu trebuie afectată concurența între operatorii economici, ori punctarea unor ofertanți care au deținut anterior anumite autorizări, omologări ale produselor ce urmează a fi furnizate.

Or prin inserarea și punctarea factorului „validare tehnică” **se avantajează nejustificat acei ofertanți în detrimentul celor care nu au deținut astfel de certificări, fără ca autoritatea să beneficieze pe această cale de un produs mai performant, mai prietenos cu mediu sau avantaje sociale.**

Interpretarea autorității contractante în sensul că i se oferă un avantaj de natură tehnică, ori că este înlăturat riscul neîndeplinirii contractului, **contravine dispozițiilor indicate în precedent privind asigurarea unei concurențe efective și principiilor nediscriminării și tratamentului egal.**

Așadar, deținerea la momentul ofertării a unei omologări a ramei feroviare pe o rețea Europeană, recunoscută de a fost apreciată ca o restrângere a concurenței prin favorizarea acelor operatori economici care anterior au deținut omologări ale unor produse similare, instanța susținând încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal, chiar și că aceasta reprezintă o piedică în calea inovării.

În apărarea sa, autoritatea contractantă, susținută și de societatea intervenientă, afirmă că instanța de judecată admite, de fapt, existența ca cerință minimală în caietul de sarcini a obligației de a prezenta la ofertare un produs omologat folosindu-se, în acest sens, de exprimarea din cuprinsul deciziei instanței cum că *riscul neîndeplinirii contractului din punct de vedere tehnic poate fi înlăturat prin impunerea unor cerințe tehnice în caietul de sarcini, care, dacă nu sunt îndeplinite de ofertanți, atrag constatarea neconformității ofertei.* Exprimarea este însă una generică care nu este menită să

înlătura considerentele mai sus evocate reținute în privința obligației de a deține omologarea la momentul ofertării.

Raționamentul exprimat de curte cu privire la deținerea la momentul ofertării a unei ramei feroviare omologate este același, fie că vorbim de această cerință materializată într-un factor de evaluare, fie că cerința se regăsește prezentată la nivelul caietului de sarcini.

În mod corect, susțin autoarele contestației, că aceeași tematică nu poate fi reluată la nesfârșit prin diverse încercări de reformulare, inițial ca factor de evaluare, ulterior ca cerință de calificare (a se vedea *avizul ANAP conform condiționat nr.* fiind reținut că anunțul erată modifică substanțial informațiile publicate în anunțul de participare inițial și că, prin introducerea cerinței se restrânge competiția sau se favorizează anumiți operatori economici) și în final ca cerință a caietului de sarcini.

Separat de cele de mai sus, având a analiza legalitatea cerințelor noi introduse în caietul de sarcini în privința omologării, prin prisma necesității autorității contractante și a justificărilor oferite, Consiliul reține că, nevoia acesteia materializată în strategia de contractare nr., constă în achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, documentația de omologare/agrementare tehnică/autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață conform Regulamentului (UE) 2018/545 fiind predată la livrarea primei rame electrice RE-IR. Omologarea la momentul ofertării a fost prezentată **exclusiv** ca factor de evaluare (eliminat de către instanță), acesta constituind, în aprecierea acesteia un avantaj, acela că *angajamentul din ofertă este susținut de realitate și nu este doar un angajament scriptic*. Câtă vreme, din documentele procedurii, rezulta posibilitatea de a încheia contractul **și** cu un operator economic care nu deținea omologarea unei rame electrice (doar se puncta suplimentar prezentarea unei rame omologate anterior), se concluzionează că nevoia autorității nu este aceasta de a fi la momentul ofertării în prezența RE-IR aflată în exploatare comercială, deci omologată.

Un alt argument folosit de autoritatea contractantă în susținerea demersurilor sale, constă în aceea că aceste cerințe, introduse prin clarificarea din oficiu, au menirea *de a asigura certitudinea achiziționării unor rame de calitate, pe un produs omologat în conformitate cu reglementările europene și că cele două contestatoare nu doresc altceva decât încălcarea principiului priorității normelor europene*, însă o astfel de discuție este lipsită de relevanță, câtă vreme dovada omologării ramelor conform rigorilor europene, este prezentată la momentul livrării. Ceea ce se tăgăduiește **nu este** prezentarea dovezilor care atestă respectarea normelor europene **ci** furnizarea acestora la momentul ofertării. Însăși instanța de judecată a reținut că este corectă susținerea petentei că *toate trenurile vor urma*

un proces de autorizare/reautorizare făcând trimitere la dispozițiile art. 14 alin. (1) din Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului iar potrivit caietului de sarcini (cap. 9.2 – Documente livrate de furnizor la livrarea RE-IR, nemodificat prin intermediul clarificării), la momentul livrării, rama electrică va fi însoțită de documentația de omologare UE și de autorizația de introducere de punere în funcțiune suplimentară care permite circulația RE-IR pe rețeaua feroviară din România (a se vedea cap. 1.5 din caietul de sarcini).

Afirmațiile autorității contractante din punctul de vedere, transmis Consiliului, potrivit cărora ofertantul va trebui să prezinte documentele care dovedesc omologarea unui produs similar nu pot fi reținute, mai cu seamă că sunt și contradictorii în raport de modificările operate, întrucât înțelegerea asupra precizărilor din clarificarea contestată este că se dorește ca **produsul oferat** să fie proiectat, construit și omologat de către un organism neutru, aflat în exploatare cu călători (a se vedea cerința 1.1.3.b din clarificare – *în vederea verificării termenelor de livrare a ramelor electrice, ofertantul trebuie să prezinte documente doveditoare privind produsul/produsele livrate, respectiv omologarea acestuia/acestora de către un organism neutru*, cerința 1.2.1 - *Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR oferat este bazat pe un produs omologat care este în exploatare comercială*), nefiind de interes omologarea unui produs similar.

Ori, în condițiile date, reiese că nici autoritatea contractantă nu cunoaște exact care îi este necesitatea.

Chiar îmbrățișând varianta că se dorește omologarea unui produs similar, se pune întrebarea care este relevanța omologării în trecut a unui alt produs (cu alte caracteristici față de cel ce trebuie proiectat și livrat în prezenta procedură), de vreme ce documentele de omologare/agrementare tehnică/autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață trebuie prezentate conform Regulamentului (UE) 2018/545, intrat în vigoare la 16 iunie 2019. Totodată, în condițiile date, prezentarea, la momentul ofertării, a omologării unui produs similar constituie și o piedică în privința inovării și progresului tehnic în domeniu, astfel cum a reținut și instanța în decizia sa.

Pe de altă parte, pornind de la obiectul contractului, respectiv achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, pare ca nerealist și illogic, motivul pentru care se solicită ca produsul livrat să se bazeze pe un produs omologat (cerința 1.2 din clarificare).

Mai mult, din perspectiva elementului de nou al ramei electrice, este evident că, la momentul depunerii ofertelor nu se poate prezenta documentația de omologare a acesteia, de vreme ce nu este construită. În acest sens, s-a exprimat și Curtea de Apel prin decizia sa nr., într-o speță în care se solicita prezentarea omologării odată cu oferta:

... dată fiind această opțiune a autorității achizitoare, este evident, că **pentru această categorie de tramvaie (concepute special, la comandă, pentru beneficiar) nu se poate prezenta la momentul depunerii ofertei un certificat de omologare, de vreme ce încă nu este construit** (iar omologarea presupune existența produsului în materialitatea lui, trecerea testelor de încercare etc.)

Prin urmare, **cerința privind omologarea ulterior atribuirii**, astfel cum a fost stabilită de autoritatea contractantă, **este legal stabilită**: răspunde scopului urmărit de achizitor, este impusă de condițiile obiective ale achiziției, intră în dreptul de opțiune al AC și în același timp în marja de risc pe care aceasta și-o asumă – corelat cu sancțiuni contractuale corespunzătoare în cazul neîndeplinirii cerinței – cu privire la atribuirea propriu-zisă și la executarea contractului.

De asemenea, alegațiile cum că *se justifică cerințele caietului de sarcini în baza prevederilor legale ce permit autorității contractante dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare* făcând trimitere la prevederile art. 178 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, nu pot fi acceptate ca o justificare în susținerea modificărilor operate asupra caietului de sarcini, în condițiile în care, în discuție, nu este experiența operatorilor economici în a livra produse similare ci omologarea produsului, în speță a ramei electrice, ca cerință a caietului de sarcini.

Este lipsit de relevanță argumentul legat de semnarea în termen a contractului, de care se prevalează autoritatea contractantă, întrucât semnarea contractului nu este condiționată de prezentarea documentelor de omologare / agrementare tehnică / autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață, acestea fiind predate la livrarea primei rame electrice RE-IR, respectiv în cadrul programului de livrare declarat de ofertantul câștigător, cuprins în intervalul de 20 luni și 24 de luni de la semnarea contractului.

În continuare, în ceea ce privește cerințele cuprinse la Secțiunea 13.5 *Sursele principalelor elemente/echipamente* [Pentru fiecare ansamblu / subansamblu / echipament principal, inclusiv cel puțin fiecare dintre cele listate mai jos, ofertantul va indica în oferta sa tehnică, sursa de la care intenționează să procure ansamblul / subansamblul / echipamentul respectiv. Ori de câte ori sursa indicată este ofertantul (în caz de asociere, unul dintre membrii asocierii) ca atare, atunci ofertantul (în caz de asociere, membrul relevant al asocierii) va demonstra că are experiență în producția respectivului element /

echipament și va indica resursele tehnice și umane necesare pentru această producție, inclusiv locul de producție.

Ori de câte ori sursa indicată este un furnizor terț, atunci ofertantul va demonstra că acest furnizor are experiență în producția respectivului element/echipament, va indica resursele tehnice și umane necesare pentru această producție, și va include în oferta tehnică un acord preliminar din partea furnizorului respectiv. Acest acord preliminar va confirma disponibilitatea furnizorului respectiv să livreze către ofertant elementele / echipamentele respective. Printre altele, acordul preliminar va menționa explicit: ...], Consiliul stabilește că prin intermediul acestora se introduce un obstacol în calea ofertării. Astfel, autoritatea vorbește de *demonstrarea experienței în producția respectivului element/echipament* dar nu definește și nici nu indică vreun criteriu de apreciere a acestei condiții și cu atât mai mult vreo modalitate de cuantificare a acesteia.

Invocarea normelor legale constând în art. 172 alin. (4) și art. 174 din Legea nr. 98/2016 nu au menirea de a lămuri introducerea unor astfel de cerințe în caietul de sarcini, dispozițiile legale făcând trimitere la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, deci la cerințe de calificare, context în care devine nejustificată introducerea în caietul de sarcini a unor cerințe privind capacitatea tehnică și/sau profesională. Mai mult, o astfel de cerință, lipsită de obiectivitate și previzibilitate, încalcă principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, precum și dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. rr) din lege ce impun ca specificațiile tehnice să fie descrise în mod obiectiv.

Un obstacol în calea ofertării este și solicitarea de prezentare în cadrul ofertei tehnice a *acordului preliminar* cu fiecare furnizor, în condițiile în care, însăși autoritatea contractantă arată, în cadrul aceleiași secțiuni, că *în timpul implementării contractului, Furnizorul poate alege, alți furnizori terți decât cei indicați în oferta, cu condiția să fie pe deplin respectate prevederile contractului și ale caietului de sarcini*.

Așadar, separat de faptul că noțiunea de *acord preliminar* este neclară din punct de vedere al efectelor juridice, câtă vreme respectivul acord nu obligă la menținerea respectivului furnizor, cerința pare cu atât mai nejustificată.

În atari condiții, este vădită nesocotirea dispozițiilor art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *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*.

În lumina celor evocate, trebuie amintit că este în interesul public și al autorității contractante, să propună contractul unui număr cât mai mare de concurenți. Astfel cum a precizat deja fosta Curte de Justiție a Comunităților Europene în Hotărârea din 23 decembrie 2009,

CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37, unul dintre obiectivele normelor Uniunii în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil. Această deschidere spre concurență nu este avută în vedere doar în raport cu interesul Uniunii privind libera circulație a bunurilor și a serviciilor, ci și în raport cu interesul propriu al autorității contractante implicate, care dispune astfel de o alegere mai vastă cu privire la oferta cea mai avantajoasă economic și cea mai potrivită nevoilor autorității publice în cauză.

Raționamentul este reiterat constant în jurisprudența Curții, exemple fiind Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, C-337/06, EU:C:2007:786, punctul 39, și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data

Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 34.

Determinând că prin modificările operate la nivelul caietului de sarcini prin intermediul clarificării din oficiu nr. 22/402/10.11.2020, organizatoarea procedurii a instituit o poziție privilegiată a concurenței în raport cu operatorii economici care nu dețin un produs omologat deja în conformitate cu reglementările europene și, în lipsa unor justificări realiste, obiective, clare și accesibile care să convingă asupra menținerii cerințelor, Consiliul va impune eliminarea cerințelor introduse prin clarificarea în discuție, relativ la *impunerea ofertării unui produs deja omologat în conformitate cu reglementările europene la momentul ofertării sau bazat pe un produs deja omologat în conformitate cu reglementările europene*, și a oricăror mențiuni corespondente, precum și a cerințelor introduse la secțiunea 13.5 *Sursele principalelor elemente/echipamente*, criticile contestatoarelor fiind fondate. Măsurile de remediere dispuse vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, în termen de zece de zile de la data primirii prezentei decizii.

Stabilind că se impune admiterea contestației formulată de, pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Obligă autoritatea contractantă la eliminarea cerințelor introduse prin clarificarea din oficiu nr., relativ la impunerea ofertării unui produs deja omologat în conformitate cu reglementările europene la momentul ofertării sau bazat pe un produs deja omologat în conformitate cu reglementările europene, și a oricăror mențiuni corespondente, precum și a cerințelor introduse la secțiunea 13.5 Sursele principalelor elemente/echipamente. Măsurile de remediere dispuse vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, în termen de zece de zile de la data primirii prezentei decizii.

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

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

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

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....