



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./20.01.2021, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Biroul Național pentru Comerț și Industrie sub nr., și la Oficiul Fiscal având cod unic de identificare, reprezentată convențional prin, cu sediul procesual ales în, împotriva „omisiunii de a emite actele/măsurile impuse de punerea în executare a deciziei CNSC nr.”, a, 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 în temeiul art. 22 alin. (1) al Legii nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la momentul soluționării contestației și în temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) al Legii nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la emiterea în termen de o zi lucrătoare a actelor/măsurilor impuse de punerea în executare a Deciziei CNSC nr., la prelungirea termenului-limită de depunere a ofertelor cu cel puțin 20 de zile și la publicarea acestor acte/măsură în SICAP.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care a criticat „omisiunea autorității de a emite actele/măsurile impuse de punerea în executare a deciziei CNSC nr.”, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, contestatoarea face trimitere la decizia CNSC nr., precizând că termenul limită imperativ de adoptare a măsurilor de remediere a fost depășit (expirând la 04.01.2021), autoritatea contractantă omițând să emită acte/măsurile în acest sens. Termenul pentru depunerea ofertelor a fost stabilit pentru data de 25.01.2020, iar documentația de atribuire cuprinde aceleași cerințe restrictive ca înainte de emiterea deciziei CNSC, situație care restricționează participarea la procedura de atribuire.

Societatea contestatoare subliniază faptul că prin decizia emisă anterior, Consiliul a dispus adoptarea unor măsuri de remediere expres precizate, într-un termen legal expres precizat. Autoritatea contractantă a omis să pună în aplicare aceste măsuri, chiar și după trecerea unei perioade semnificative de timp de la momentul în care termenul impus de CNSC a fost depășit.

Invocând prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. a) a Legii nr. 101/2016 și art. 153 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea menționează că odată cu implementarea măsurilor de remediere se impunea prelungirea cu un interval suficient de timp a termenului-limită de depunere a ofertelor. Astfel, măsurile de remediere impuse a fi adoptate au ca obiect modificări ale unor cerințe ale caietului de sarcini, ceea ce este decisiv pentru decizia unor operatori economici de a depune ofertă, schimbă modalitatea de structurare, întocmire a propunerii tehnice, creează premisele participării mai multor operatori economici la procedură.

Contestatoarea susține că prelungirea termenului de depunere a ofertelor este prevăzut expres și de prevederile art. 55 alin. (2) al HG nr. 395/2016.

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 26.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. din 27.01.2021, a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de, solicitând respingerea acesteia, ca netemeinică.

Se arată că, urmare a deciziei CNSC nr., autoritatea contractantă a *„dorit sa pună în aplicare măsurile de remediere*

dispuse de către CNSC", modificând documentația de atribuire referitoare la cerința de omologare, eliminând cerința privind omologarea la momentul ofertării în conformitate cu reglementările europene.

Totodată, autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia CNSC, menținând în caietul de sarcini doar cerința ca *„ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs care este în exploatare comercială”*, prin publicarea în SEAP a clarificării din oficiu nr.

Autoritatea contractantă susține că a constatat o *oarecare neclaritate* în solicitarea contestatoarei și în decizia CNSC, respectiv: dacă ceea ce este considerat neconform este cerința de a demonstra că produsele similare au fost omologate în conformitate cu reglementările europene sau, mai general, cerința de a demonstra că produsele similare au fost omologate.

În fața acestui dubiu, autoritatea contractantă a hotărât să elimine referirile la cerințe de a demonstra că produsele similare au fost omologate, păstrând astfel doar următoarele cerințe:

„Punctul 1.2 domeniul de aplicare:

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 livrat) aflat în exploatare cu călători. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs care este în exploatare comercială”.

..... susține că ANAP consideră că ar trebui eliminată și cerința ca produsul similar să fi fost proiectat, livrat și aflat în exploatare. Prin eliminarea cerinței ca produsul similar să fie proiectat și livrat, ANAP consideră, în mod abuziv, că un produs proiectat și livrat este neapărat și omologat în conformitate cu reglementările europene și contrazice criteriul de calificare privind capacitatea tehnică a ofertantului, conform fișei de date. De altfel, contestatara nu a solicitat în mod expres eliminarea acestei mențiuni, cu toate că face parte exact din paragraful menționat de către contestatoare în contestație, paragraf în care contestatoarea a subliniat mențiunile pe care le consideră neconforme.

În continuare, autoritatea contractantă susține că cerința privind *„demonstrarea experienței în producția respectivului element/echipament”* nu a fost solicitată pentru a fi punctată în cadrul procedurii de achiziție, ci pentru ca autoritatea contractantă să aibă certitudinea că operatorul economic a mai executat rame electrice. Astfel, s-a solicitat ca ofertantul să prezinte în momentul ofertării documente doveditoare că a mai livrat/executat un produs similar - o ramă electrică.

Scopul, apreciază autoritatea contractantă, nu era acela de a organiza o procedură de achiziție publică, în baza unor promisiuni, ci de a achiziționa în condiții sigure și fără riscuri de implementare, în

termenul asumat, fără întârzieri, sub presiunea perioadei programatice a finanțării europene nerambursabile și adjudecarea acestuia unei firme care poate demonstra competența necesară la momentul ofertării, nu în baza unor promisiuni.

Autoritatea contractantă precizează că a constatat o oarecare neclaritate în decizia CNSC cu privire la eliminarea cerințelor din cap. 13.5, respectiv dacă trebuie eliminat întregul cap. 13.5 sau doar cerințele din acest capitol care au fost considerate neconforme de către CNSC.

Astfel, autoritatea contractantă a analizat decizia CNSC și motivările conținute în această decizie și a constatat că CNSC a reținut ca fiind neconforme două cerințe, după cum urmează :

- Cerința ca furnizorii principalelor elemente/echipamente să fie „furnizori cu experiență”;

- Cerința de a prezenta un acord preliminar.

Pentru a pune în aplicare decizia CNSC, autoritatea contractantă, prin clarificarea din oficiu nr., a reformulat punctul 13.5 Sursele principalele elemente/echipamente, eliminând cele două cerințe, după cum urmează:

„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/furnizorul de la care intenționează să procure ansamblul/subansamblul/echipamentul respectiv. Se precizează următoarele:

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

- 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 ofertă, cu condiția să fie pe deplin respectate prevederile contractului și ale caietului de sarcini”.

Se arată că a fost transmisă clarificarea din oficiu nr....., spre publicare în SEAP, în data de 28.12.2020.

Urmare a publicării în SICAP a clarificării din oficiu nr. și analizării documentației de către ANAP, în cadrul controlului ex-ante al procesului de atribuire, a primit Avizul Conform Condiționat nr., aceasta nefiind aprobată de ANAP pentru publicare. Autoritatea contractantă a înaintat, conform legislației în vigoare (în conformitate cu prevederile HG 419/2018), o cerere de conciliere inițială nr. la care s-a revenit de două ori prin adresele nr..... și nr.....

Prin adresa nr....., ANAP a respins cererea de conciliere înaintată de către autoritatea contractantă, fără explicații, menționându-și avizul conform condiționat.

Autoritatea contractantă consideră că, ANAP, prin avizul său, a impus măsuri de remediere dincolo de ceea ce a reținut CNSC.

Autoritatea contractantă este în imposibilitatea de a mai asigura o licitație corectă, echidistantă, în conformitate cu interesele autorității contractante și ale României, ca stat membru al Uniunii Europene pentru care Regulamentele UE sunt obligatorii.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că a depus eforturi pentru a înțelege decizia CNSC nr. din 17.12.2021 și a implementa măsurile de remediere dispuse de CNSC.

Datorită neclarității deciziei CNSC nr. ... din 17.12.2021 și a interpretărilor diferite între autoritatea contractantă și ANAP, clarificarea din oficiu nr., reprezentând măsurile de remediere, nu a fost publicată nici până în momentul de față.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să confirme că măsurile de remediere propuse elimină cerințele din caietul de sarcini, considerate neconforme de către CNSC în decizia sa.

În opinia autorității contractante, decizia CNSC nr. din privind anularea impunerii unui produs deja omologat reprezintă un mare risc, la limita îndeplinirii scopului în sine al achiziției conform cerințelor autorității contractante, având în vedere că obiectul contractului este de „achiziționarea a 20 de rame electrice interregionale noi” fiind absolut realist și logic deoarece „produs nou” poate să însemne produs de tip nou - tehnologie nouă sau produs nou dar bazat pe aceeași tehnologie.

În probațiune, au fost depuse copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziționarea a 20 de rame electrice interregionale 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., 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, CRRC, în calitate de operatori economici interesați pentru a participa în asociere, au depus o nouă contestație, asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. în sensul admiterii contestației, fiind obligată 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.

Împotriva omisiunii autorității contractante de a emite măsurile de remediere dictate de Consiliu prin ultima sa decizie, a depus prezenta contestație (consemnând și cauțiunea aferentă) solicitând suspendarea procedurii, obligarea autorității contractante la emiterea în termen de 1 zi lucrătoare a măsurilor impuse prin decizia nr. cu prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 20 de zile , precum și publicarea măsurilor în SICAP.

Asupra cererii de suspendare, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr., fiind respinsă, ca nefondată.

Având a soluționa diferendul dintre părți privind punerea în aplicare a deciziei antemenționată, se reține că, potrivit art. 28 alin.

(1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru, care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin decizia nr. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 224 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Din consultarea portalului instanțelor naționale de judecată (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel, singura competentă să o soluționeze.

Așadar, părțile nu au atacat decizia nr. (care a fost și postată în SEAP, la 24.12.2020), situație în care este opozabilă și prin prisma considerentelor accesibile oricui în format electronic, față de art. 431 alin. (2) C. proc. civ. (*„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*) și art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”*)

În considerentele deciziei, Consiliul a reținut, între altele:

Relativ la cerințele introduse prin *clarificarea din oficiu nr. 22/402/10.11.2020* 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 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;

- Pag. 4 din clarificare – cerința 1.12 punctul 28 - „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);

- 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 să 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. /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 judecății, 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. 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 judecății, 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. /15.06.2020, 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. /15.06.2020:

...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 îngădire a accesului operatorilor economici la procedură.

Afectarea, îngădirea 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, 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, 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 înlăture 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 rame 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 ofertat** 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 ofertat 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. /20.10.2020, 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 cărora *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, CoNISMă, 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 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

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, trebuia să procedeze 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*.

Până la acest moment, se observă că autoritatea contractantă nu a întreprins nicio măsură.

În apărarea sa, autoritatea contractantă susține că *a depus eforturi pentru a înțelege decizia Consiliului și a implementa măsurile de remediere și că a constatat o oarecare neclaritate în decizia CNSC cu privire la eliminarea cerințelor din cap. 13.5*, însă, în pofida acestor dificultăți de înțelegere, nu a uzat de posibilitatea de a cere lămuriri cu privire la cele dictate de Consiliu, dispozițiile art. 443 din Codul de procedură civilă, ce completează legea specială, conferind acest drept.

Cu toate acestea, din susținerile autorității și documentele probatorii depuse, reiese că a fost transmisă spre publicare în SEAP, *clarificarea din oficiu nr.*, aceasta nefiind aprobată spre publicare de către experții ANAP, fiind emis *avizul conform* **condiționat** nr., în cuprinsul căruia au fost reținute următoarele:

Prin clarificarea din oficiu nr., autoritatea contractantă a preluat parțial măsurile dispuse de CNSC prin Decizia nr., în sensul că autoritatea contractantă s-a limitat la eliminarea strictă a sintagmei „omologat” din textul clarificării nr...față de care a fost formulată contestația soluționată prin Decizia menționată.

Astfel, prin Decizia CNSC s-a dispus *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.*

Autoritatea contractantă a procedat la eliminarea sintagmei omologat din conținutul clarificării nr., dar nu a eliminat și mențiunile corespondente referitoare la informațiile/cerințele care, în fapt, pentru a fi îndeplinite, presupun existența unei omologări, ca de ex: pct. 1.2.1 – produs proiectat, construit și livrat, aflat în exploatare...”

Măsura de remediere: Având în vedere caracterul obligatoriu al deciziei CNSC, conform art. 28 din Legea nr. 101/2016, dispozițiile CNSC din decizia nr., prin care obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire, are obligația de a modifica clarificarea din oficiu nr., în sensul eliminării atât a cerințelor prin impunerea unui produs deja omologat, cât și a mențiunilor corespondente, care, pentru a fi îndeplinite, presupun existența unei omologări.

Totodată, recomandăm autorității contractante să analizeze și conținutul anunțului de participare, astfel cum a fost modificat prin anunțurile de erată, în vederea stabilirii necesității transmiterii unui nou anunț de erată prin care să se elimine informațiile corespondente cerințelor a căror eliminare a fost dispusă de CNSC prin Decizia nr.

Cererea de conciliere înaintată de cu privire la avizul conform condiționat nr., a fost respinsă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice la 19.01.2021.

Relativ la cele propuse de autoritatea contractantă prin clarificarea din oficiu nr. (asupra căroră expertii ANAP au emis avizul condiționat, cum mai sus s-a arătat) și față de care ARF solicită Consiliului să confirme *că măsurile de remediere propuse de către AC elimină cerințele din caietul de sarcini considerate neconforme de către CNSC în decizia sa*, se reține că doar contestația este actul juridic ce investește Consiliul și stabilește limitele de analiză în sarcina acestuia. Nu se poate face abstracție de necesitatea respectării principiului disponibilității, ca o garanție procedurală, ce reprezintă o manifestare a dreptului la apărare recunoscut celui ce formează o contestație. Ori nefiind aduse critici la adresa măsurilor de remediere în discuție (despre care autoarea contestației nici nu avea cunoștință), analiza Consiliului se efectuează prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului.

Pentru cele ce preced, Consiliul apreciază că obiecțiile contestatoarei privind conduita autorității contractante care nu a dispus măsurile de

remediere potrivit deciziei nr. se vădesc a fi fondate, motiv pentru care va admite contestația și va obliga autoritatea contractantă la punerea în aplicare a deciziei respective, prin publicarea măsurilor de remediere, în acord cu cele dispuse prin actul organului administrativ jurisdicțional, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei. [art. 26 alin. (5) din lege - În cazul în care admite contestația și dispune luarea de măsuri de remediere, Consiliul precizează și termenul în care acestea trebuie duse la îndeplinire de către autoritatea contractantă, care nu va fi mai scurt decât termenul de exercitare a căii de atac împotriva deciziei Consiliului.] Totodată, va obliga autoritatea contractantă la prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor, stabilit, la acest moment, pentru 08.02.2020.

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 calitatea de autoritate contractantă și obligă autoritatea contractantă la punerea în aplicare a deciziei nr., prin publicarea măsurilor de remediere, în acord cu cele dispuse prin respectiva decizie, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei, cu prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor.

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,

.....

