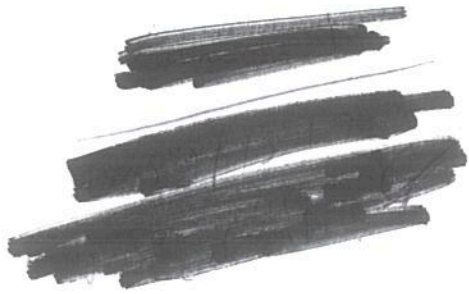


ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
Splaiul Independenței nr.5, Sector 4
București, cod postal 050091
SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației			
REGISTRATURA 5			
INTRARE	nr.	1866/2020	
IF-SIRE			
Zori	17	Luna	11
		Anul	2020



Destinatar:
MINISTERUL LUCRĂRILOR
PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI
ADMINISTRAȚIEI
sector 5. București, STR. LIBERTĂȚII,
nr. 16

DOSARUL NR. 4827/2/2020
Materia: Contencios administrativ și fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Recurs
Obiectul dosarului: litigiu privind achizițiile publice -
contestație atribuire dec.nr.1459/c5/1414,1428,1429 din
20.08.2020
Complet: 9-completul 2 recurs achiziții publice

COMUNICARE HOTARÂRE CIVILĂ

NR. 1866/2020 DIN DATA DE 20 Octombrie 2020

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 1866/2020, pronunțată la data de 20 Octombrie 2020, de către CURTEA DE APEL BUCUREȘTI SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.



Grefier,

1866/2020

Dosar nr. 4827/2/2020

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

ÎNCHEIERE

Ședința publică din data de 08.10.2020

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE: CARMEN ELENA ILIESCU
JUDECĂTOR: CRISTINA MARIA IRIMIA
JUDECĂTOR: ROXANA CHIUARIU
GREFIER: PETRONELA MARCU-COTICI

Pe rol se află soluționarea plângerii formulate de *petenta* [REDACTED] SA, împotriva deciziei nr. 1459/C5/1414.1428.1429 din data de 20.08.2020, pronunțate de CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, în contradictoriu cu *intimații MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI*, [REDACTED] și [REDACTED] și având ca obiect „litigiu privind achizițiile publice”.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

La apelul nominal făcut în ședința publică, a răspuns *petenta*, prin apărător ales, cu împuternicire avocațială la dosar-fila 15, și intimatul MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, prin consilier juridic, care depune delegație de reprezentare la dosar, lipsind celelalte intimat.

S-a făcut referatul de grefierul de ședință, care a învederat instanței de judecată că, la data de 07.10.2020, intimatul Ministerul Dezvoltării a depus la dosar întâmpinare, după care:

Petenta, prin intermediul apărătorului ales, depune la dosar dovada achitării taxei judiciare de timbru precum și dovada comunicării plângerii către părțile procesuale adverse. Apărătorul ales al *petentei*, precizează că taxa este nedatorată însă s-a conformat dispoziției instanței cuprinse în conținutul citației.

Curtea revine asupra obligației de timbraj, având în vedere că a fost depusă contestația la autoritate la data de 16 iulie 2020, după intrarea în vigoare a OUG nr. 114/2020, sens în care va dispune restituirea acesteia.

Intimatul, prin consilier juridic, depune la dosarul cauzei întâmpinarea în original și dovada comunicării acestui înscris către partea adversă.

Curtea interpelează părțile prezente dacă mai au alte cereri de formulat, excepții de invocat sau probe de administrat.

Nemai fiind alte cereri de formulat, excepții de invocat sau alte probe de administrat, instanța acordă cuvântul părților prezente asupra fondului plângerii deduse judecării.

Petenta, prin apărător ales, solicită admiterea plângerii și desființarea, în parte, a deciziei CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, respectiv în ceea ce privește contestația formulată de [REDACTED]

În esență, ceea ce a contestat [REDACTED] din documentația de atribuire a fost faptul că prin cerințele de calificare și prin factorii de evaluare s-a permis depunerea unei oferte de către orice entitate care a produs un singur tramvai chiar dacă nu a făcut dovada că acel tramvai circula pe străzi oriunde în lume, respectiv dovada omologării acelu tramvai.

Referitor la preț specifică faptul că acesta reprezintă 80% din valoarea de achiziție, restul de 20% reprezintă capacitatea de încărcare a tramvaiului cu călători în picioare sau pe scaune și respectiv termenul de garanție.

Astfel, prin aceste condiții impuse de autoritate, s-a permis oricărei entități care a depus o ofertă să prezinte un preț de dumping, deoarece se ofertează un prototip iar nu un produs omologat.

Precizează că un ofertant poate depune oferte pentru 1 sau chiar pentru toate cele 4 loturi, însă apreciază că cerința experienței similare este insuficientă față de complexitatea și valoarea contractului și este în dezacord cu prevederile art. 179 din legea nr. 98/2016 și cu art. 3 din Instrucțiunile 2/2017.

Dacă s-ar admite că problematica omologării ar fi o etichetă, ar trebui să se dea eficiență art. 157 din Legea nr. 98/2016, care prevede că etichetele reprezintă o cerință de calificare în procedura de atribuire.

La interpelarea instanței de judecată, apărătorul petentei precizează faptul că solicită cheltuieli de judecată pe cale separată.

Intimatul Ministerul Dezvoltării, prin consilier juridic, solicită instanței respingerea plângerii [REDACTAT] Curtea urmând să observe că prin susținerile inițiale, de la CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, și ulterioare, expuse prin plângere, petenta nu a reușit să facă dovada unei vătămări într-un drept, ca urmare a modalității de alcătuire a documentației de atribuire.

Solicită instanței să constate că documentația de atribuire a fost întocmită cu respectarea prevederilor Legii nr. 98/2016. Arată că un operator economic, respectiv petenta, nu se poate erija în dreptul autorității contractante și a întocmi documentația de atribuire.

Pentru toate aceste considerente, concluziile intimatului sunt de respingere a acțiunii formulate de [REDACTAT], ca neîntemeiată.

Reprezentantul Ministerului Dezvoltării precizează că nu solicită acordarea de cheltuieli de judecată.

Curtea, în temeiul art. 394 alin. 1 NCPC, declară dezbaterile încheiate și urmează a reține cauza spre soluționare.

CURTEA,

Având nevoie de timp pentru a delibera, în temeiul art. 396 alin. 1 C. Pr. Civ., urmează a amâna pronunțarea.

PENTRU ACESTE MOTIVE, ÎN NUMELE LEGII, DISPUNE:

Amână pronunțarea la data de 15.10.2020.
Pronunțată în ședință publică azi, 08.10.2020.

PREȘEDINTE,
Carmen Elena Iliescu

JUDECĂTOR,
Cristina Maria Irimia

JUDECĂTOR,
Roxana Chiuariu

GREFIER,
Petronela Marcu - Cotici

ÎNCHEIERE

Ședința publică de la data de 15.10.2020

CURTEA,

În aceeași compunere și pentru aceleași motive.

DISPUNE:

Amână pronunțarea la 20 septembrie 2020.
Pronunțată în ședință publică azi, 15.10.2020.

PREȘEDINTE,
Carmen Elena Iliescu

JUDECĂTOR,
Cristina Maria Irimia

JUDECĂTOR,
Roxana Chiuariu

Grefier,
Petronela Marcu – Cotici

ROMANIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A DE CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DECIZIE NR.:1866

Sedința publică din data de 20.10.2020

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE: CARMEN ELENA ILIESCU
JUDECĂTOR: CRISTINA MARIA IRIMIA
JUDECĂTOR: ROXANA CHIUARIU
GREFIER: PETRONELA MARCU-COTICI

Pe rol se află soluționarea plângerii formulate de *petenta SA*, împotriva deciziei nr. 1459/C5/1414.1428.1429 din data de 20.08.2020, pronunțate de CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, în contradictoriu cu *intimații MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI*, având ca obiect „litigiu privind achizițiile publice”.

Dezbaterile în fond au avut loc la data de 08.10.2020 când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea la data de 15.10.2020, și respectiv la 20.10.2020, când a hotărât următoarele:

CURTEA,

Deliberând asupra prezentei plângeri, constată următoarele:

Prin contestația formulată la CNSC, contestatoarea a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca.18m destinate transportului public de călători” (cod CPV: 34622100-4 (Rev. 2), inițiată de MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, și a solicitat „obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor documentației de atribuire”.

Prin Decizia nr. 1459/C5/1414/1428/1429 emisă la data de 20.08.2020, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a dispus următoarele:

„ Admite, în parte, contestațiile formulate de (dosar nr. 1414/2020) și de (dosar nr. 1428/2020), în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, în calitate de autoritate contractantă și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

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

Respinge ca nefondată contestația formulată de (dosar nr. 1429/2020), în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, în calitate de autoritate contractantă.”

Împotriva acestei decizii a formulat plângere contestatoarea, A [REDACTED], solicitând schimbarea în parte a Deciziei CNSC, respectiv în ceea ce privește contestația formulată de [REDACTED] în sensul admiterii în totalitate a contestației petentei.

De asemenea, în temeiul art. 451 și urm. C. pr. civ., a solicitat obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers procesual.

În motivare, în ceea ce privește situația de fapt, a arătat următoarele:

În data de 07.07.2020, Ministerului Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației a inițiat, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1022480, o procedură deschisă privind atribuirea unui contract de achiziție publică de produse intitulată „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18m destinate transportului public de călători”.

Procedura are o valoare estimată totală de 392.000.000,00 RON și a fost împărțită pe patru loturi, după cum urmează:

(i) lot 1 Municipiul Botoșani (9 tramvaie unidireționale de cca. 18m): 72.000.000 lei fără TVA;

(ii) lot 2 Municipiul Brăila (10 tramvaie unidireționale de cca. 18 m): 80.000.000 lei fără TVA;

(iii) lot 3 Municipiul Galați (10 tramvaie unidireționale de cca. 18 m): 80.000.000 lei fără TVA;

(iv) lot 4 Municipiul Ploiești (20 tramvaie unidireționale de cca. 18m): 160.000.000 lei fără TVA.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, operatorii economici interesați pot depune oferte pentru toate loturile, fiind stabilit că unui singur ofertant îi pot fi atribuite toate cele patru loturi.

Documentația de atribuire publicată în SEAP la data de 07.07.2020 prezintă o serie de nereguli, motiv pentru care a formulat contestația soluționată de către CNSC prin emiterea Deciziei nr. 1459/C5/1414/1428/1429/20.08.2020, în urma conexării dosarelor numerotate 1414/C5/2020 (contestația [REDACTED]), 1428/C5/2020 (contestația [REDACTED]) și 1429/C5/2020 (contestația [REDACTED]).

Cu privire la nelegalitatea și netemeinicia soluției CNSC de respingere în parte a contestației Astra, a învederat următoarele:

Potrivit pct. III.1.3. a) din fișa de date a achiziției - „Loturile: 1,2,3,4. Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat. Experiența similară. Ofertanta sa facă dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limita de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract”.

Deși legiuitorul lasă la latitudinea autorității contractante modul în care alege și definește criteriile privind capacitatea de a îndeplini obiectul contractului de achiziții, prevederile Legii nr. 98/2016 impun o serie de obligații în sarcina acesteia.

Astfel, potrivit art. 172 alin. (2), (3) și (5) din Legea nr. 98/2016:

„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. 1.

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are [...] competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.

Contractul ce urmează a fi atribuit are ca obiect achiziția unui număr de 49 de tramvaie, cu o valoare estimată totală de 392 milioane lei și are un grad de complexitate deosebit de ridicat.

Caietul de sarcini cuprinde un număr de 105 pagini și conține o multitudine de specificații tehnice (privind tensiunile electrice normale și limitele admise, cerințe de mediu, mecanice, de fiabilitate, securitate, confort, protecție ambientală, privind materialele și dimensiunile generale constructive, cerințe funcționale, de fiabilitate, operaționale, privind protecția anticorozivă, dar și alte specificații privind agregatele, subansamblele și componentele tramvaielei) și de cerințe de

conformare cu standardele și reglementările naționale și internaționale aplicabile (potrivit secțiunii Bibliografie a caietului de sarcini).

Rezultă că un criteriu privind capacitatea precum cel din fișa de date a achiziției, care nu conține elemente specifice unor cerințe minime privind capacitatea tehnică și profesională (un anumit prag cantitativ minim la nivelul unuia sau mai multor contracte), nu poate fi considerat ca fiind adecvat pentru ca Achizitorul să se asigure că un ofertant are competențele tehnice și profesionale pentru a executa un contract de o asemenea anvergură, și nici proporțional prin raportare la obiectul acestuia.

Nivelul adecvat și proporțional al unui criteriu privind capacitatea nu poate fi analizat numai în sensul în care autoritățile contractante impun cerințe mult superioare prin raportare la complexitatea obiectului unui contract de achiziție publică.

Caracterul adecvat și proporțional trebuie să fie verificat și atunci când criteriul se prezintă ca fiind o cerință inferioară, disproporționată în sens negativ față de obiectul contractului, care mărește considerabil riscul neîndeplinirii acestuia.

Regulile stabilite în cuprinsul art. 172 din Legea nr. 98/2016 nu fac distincție între situațiile considerate anterior. Caracterul necesar, adecvat și proporțional se raportează la obiectul contractului atât în sens pozitiv (când cerințele nu trebuie să depășească un anumit nivel maxim), cât și în sens negativ (când, prin raportare la complexitatea contractului, cerințele trebuie să respecte un anumit nivel minim).

Totodată, introducerea unui asemenea criteriu este și o expresie a neglijenței Achizitorului, având în vedere că proiectul este cofinanțat din fonduri europene nerambursabile prin Programul Operațional Regional 2014 - 2020, pentru care există încheiat un contract de finanțare.

În susținerea argumentului privind nelegalitatea criteriului de capacitate introdus de Achizitor, învederăm că, atunci când sunt solicitate demonstrarea cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, legea prevede expres (art. 179 din Legea nr. 98/2016) că, în cazul livrărilor de produse efectuate, operatorul economic va prezenta: „lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publice sau privați”.

Or, cerința din fișa de date impune doar prezentarea unei dovezi că, în ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor, au livrat produse similare la nivelul a cel puțin unui contract, nefiind respectată dispoziția legală amintită.

De asemenea, art. 3 alin. (1) și (2) din Instrucțiunile Președintelui ANAP nr. 2/2017 prevede că:

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

(2) în sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

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

b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon”.

În cazul de față, un astfel de plafon lipsește cu desăvârșire, iar impunerea sa, în optica Consiliului, ar restrânge concurența.

Prin decizia pronunțată în cauză, Consiliul validează într-un mod greșit raționamentul Autorității contractante, apreciind ca fiind justă motivarea pe care se sprijină lipsa impunerii unui criteriu cantitativ: un potențial ofertant poate îndeplini contractul, indiferent dacă a livrat 1,9, 10 sau

20 de tramvaie (în funcție de lotul/loturile oferite); în plus, se dorește asigurarea unei concurențe cât mai mari din cauza procedurilor de achiziție trecute similare, unde participarea a fost redusă.

Greșită este și constatarea Consiliului din ultimul paragraf al paginii 46 a Deciziei, care ar conduce la concluzia că operatori economici care nu au livrat produse care se ridică la valoarea contractelor ce urmează a fi atribuite în baza unui sau mai multor loturi (un minim de 72.000.000 lei) ar avea capacitatea de a construi/livra tramvaie la nivelul de calitate solicitat.

Faptul că un operator economic nu poate atinge un anumit nivel minim cantitativ (9 tramvaie) în ultimii 3 ani anterior datei-limită de depunere a ofertelor nu ar putea atesta că acesta ar avea capacitatea să execute cel puțin contractul aferent lotului prin care se solicită cel mai mic număr de tramvaie (lotul 1).

Dimpotrivă, chiar dacă procesul de producție este similar pentru fiecare tramvai dintr-un anumit lot, capacitatea tehnică de a realiza un număr de cel puțin 9 bucăți este considerabil mai ridicată în cazul unui ofertant care a mai construit și livrat o asemenea cantitate. În lipsa altor criterii (de pildă: valoric, privind experiența similară, privind cifra de afaceri, privind deținerea unei omologări tehnice feroviare), considerentele CNSC cu privire la posibilitatea ca un astfel de participant să poată executa chiar și cantitatea aferentă celui mai mic lot sunt lipsite de logică, iar interpretarea dată textului art. 172 din Legea nr. 98/2016 este nelegală.

Atunci când sunt stabilite cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională este imperativă luarea în considerare a complexității contractului ce se dorește a fi atribuit. În acest mod, riscul neîndeplinirii contractului este redus.

În motivarea deciziei sale, CNSC invocă dispozițiile art. 31 alin. (1) din Anexa la HG nr. 395/2016, fără a lua însă în seamă faptul că impunerea unui criteriu cantitativ, atunci când este în conformitate cu prevederile Instrucțiunilor nr. 2/2017 și ale Legii nr. 98/2016, nu este de natură să restricționeze în mod nelegal concurența.

O concurență reală, invocată de către CNSC, nu exclude impunerea unor cerințe privind capacitatea tehnică și/sau profesională necesare și proporționale cu complexitatea contractului ce se dorește a fi atribuit. Prin concurență nu trebuie să se înțeleagă o situație în care este permisă participarea tuturor celor care au mai realizat produsele de tipul celor care se dorese a fi achiziționate de către Autoritatea contractantă, ci ea trebuie să fie însoțită de termenul „corespunzătoare” sau „adekvată” ori să fie exprimată prin sintagma „nivel corespunzător de concurență”, în acest sens, chiar legiuitorul a oferit posibilitatea autorităților contractante ca, atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, acestea să poată lua în considerare contracte executate cu mai mult de 3 și, respectiv, 5 ani în urmă [art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016].

De fapt, motivarea Deciziei CNSC conduce la ideea nepermisă conform căreia restricționarea concurenței prin impunerea unor cerințe privind capacitatea trebuie să fie considerată întotdeauna nelegală, indiferent dacă acele cerințe respectă sau nu prevederile legale specifice.

Or, un asemenea raționament ar aduce atingere unor dispoziții legale precum cele prevăzute de art. 31 din Anexa la HG nr. 395/2016 sau de art. 50 și art. 179 din Legea nr. 98/2016, care ar deveni astfel irelevante.

În realitate, impunerea în cadrul acestei proceduri de atribuire a unui prag cantitativ este complet justificată de nivelul calitativ și de siguranță ce este solicitat pentru un vehicul pe șine care va fi utilizat pentru transportul public urban de persoane.

Nu în ultimul rând, prin impunerea unei cerințe precum cea contestată de petentă, Autoritatea contractantă își vatămă propriile interese, dar și pe cele ale [REDACTAT]

Contrar aprecierilor Consiliului, vătămarea petentei există și constă în faptul că se permite participarea nejustificată la procedură a unor operatori economici lipsiți de experiență și de capacitatea tehnică de a realiza cantitatea de tramvaie la nivelul de calitate solicitat prin documentația de atribuire, reducând considerabil șansele de câștig ale marilor producători (așa cum este și [REDACTAT]). Un factor contributiv este reprezentat și de prețurile notoriu cunoscute a fi reduse ale unor produse calitativ îndoielnice, realizate de societăți precum cele descrise anterior.

În considerarea celor expuse, a solicitat schimbarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul admiterii integrale a contestației [REDACTAT] și, în consecință, obligarea Autorității contractante la

modificarea fișei de date a achiziției, astfel: la punctul III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” să fie adăugat un plafon cantitativ, cu respectarea art. 3 alin. (3) și (4) din Instrucțiunile Președintelui ANAP nr. 2/2017.

Cu privire la cerința tehnică minimală privind omologarea în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători, a arătat faptul că prin contestația formulată, a arătat că cerința de la punctul 2 „Condiții tehnice eliminatorii” din caietul de sarcini nu poate fi verificată decât cu ocazia evaluării ofertelor, iar nu și ulterior atribuirii contractului de achiziție publică, și că posibilitatea acordată ofertanților de a depune o declarație-angajament și de a prezenta omologarea ulterior încheierii contractului este contrară dispozițiilor legale invocate, pentru următoarele argumente:

a) cerința de la punctul 2 „Condiții tehnice eliminatorii” din caietul de sarcini (pagina 11), „ofertantul declarat câștigător va obține pe cheltuiala acestuia până la data livrării primului tramvai următoarele documente: omologarea în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători: în acest sens, ofertantul va depune la ofertă o Declarație - angajament prin care își asumă obținerea pe cheltuiala acestuia a omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători: omologarea va fi prezentată cu 30 zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai conform graficului de livrare asumat de ofertant” are valoarea unei etichete, în sensul art. 3 alin. (1) pct. 21 u) și art. 157 din Legea nr. 98/2016;

b) certificatele de omologare arătate la punctul 13.1 din caietul de sarcini și emise de către AFER, în conformitate cu prevederile Ordinului Ministrului Transportului nr. 290/2000 și normele prevăzute în anexele acestuia însoțesc fiecare produs achiziționat și au natura unor certificate solicitate de Achizitor în baza art. 158-159 din Legea nr. 98/2016;

c) interpretând sistematic art. 157 din Legea nr. 98/2016 prin observarea poziționării sale în Capitolul IV - „Organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire” din Legea nr. 98/2016, prezentarea unui astfel de certificat trebuie să se realizeze numai în cadrul procedurii de atribuire (deci, odată cu depunerea ofertelor), iar nu ulterior atribuirii contractului. Chiar legiuitorul a prevăzut situația în care un operator economic nu ar putea, din motive neimputabile, să prezinte eticheta solicitată în termenul stabilit de depunere a ofertelor, impunând Achizitorului obligația de a accepta și alte mijloace de probă adecvate, în conformitate cu art. 157 alin. (4) - „în cazul în care operatorul economic poate demonstra că nu are nicio posibilitate de a obține eticheta specifică solicitată de autoritatea contractantă sau o etichetă echivalentă în termenele stabilite, din motive care nu îi sunt imputabile, autoritatea contractantă are obligația de a accepta și alte mijloace de probă adecvate, care pot include un dosar tehnic al producătorului, cu condiția ca operatorul economic în cauză să demonstreze că lucrările, produsele sau serviciile pe care urmează să le execute/furnizeze/presteze îndeplinesc cerințele etichetei specifice sau cerințele specifice solicitate de autoritatea contractantă”. Or, o declarație-angajament și acceptarea depunerii etichetei ulterior semnării contractului nu satisfac cerințele prevederilor legale menționate.

Prin decizia atacată, Consiliul a apreciat că, într-adevăr, omologarea poate fi catalogată drept „etichetă”, dar că aceasta nu poate fi impusă la depunerea ofertei, deoarece ar duce la restrângerea concurenței.

Prin urmare, deși admite existența unei etichete impuse prin documentația de atribuire, CNSC face o greșită aplicare a textului art. 157 din Legea nr. 98/2016, ignorând faptul că dispozițiile legale respective privesc procedura de atribuire și că, atunci când o asemenea cerință este impusă, dovada îndeplinirii ei trebuie să fie realizată prin intermediul ofertei, iar nu ulterior atribuirii contractului.

Totodată, Consiliul nu a arătat modalitatea în care impunerea prezentării unei astfel de etichete, care să demonstreze că produsele corespund cerințelor solicitate la data depunerii ofertelor, ar restricționa concurența.

În realitate, o astfel de cerință este o măsură suplimentară de siguranță ce ar putea fi luată de către Achizitor pentru a se asigura că cerințele documentației de atribuire vor fi respectate, fără ca astfel să fie restricționată în mod nepermis concurența. Ea există deja, iar ceea ce încalcă prevederile art. 157 din Legea nr. 98/2016 este fixarea momentului depunerii sale ulterior atribuirii contractului.

În același timp, o procedură de o asemenea anvergură, cu o valoare estimată totală de aproape 400 de milioane de lei, ar trebui să impună cerința dovedirii certificatelor de omologare la nivel european a produselor oferite și că producătorii sunt capabili să execute un astfel de proiect la nivelul de calitate și de siguranță solicitat.

A permite obținerea și prezentarea omologării cel târziu cu 30 de zile înainte de prima livrare presupune asumarea nejustificată de către Achizitor a unui risc extrem de ridicat, care conduce la următoarea întrebare: dacă nu este sau nu poate fi îndeplinită această obligație, care vor fi consecințele pentru Autoritatea contractantă și pentru proiectul finanțat din fonduri europene? Chiar dacă s-ar putea imagina remedii contractuale pentru astfel de situații, nevalorificarea fondurilor europene și întârzierea în achiziția a 49 de tramvaie destinate transportului în 4 municipii reprezintă consecințe ireversibile.

Pentru acest motive, a solicitat instanței schimbarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul admiterii integrale a contestației [redacted] cu consecința obligării Autorității contractante la modificarea cerinței privind prezentarea omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători de la punctul 2 din caietul de sarcini prin reformularea acesteia, astfel încât omologarea să fie prezentată odată cu oferta, fără a fi acceptată depunerea sa ulterioară, concomitent cu prezentarea unei declarații-angajament.

Cu privire la factorii de evaluare a solicitat, în principal, modificarea factorilor de evaluare, având în vedere natura lor pur formală și care nu se referă la aspecte calitative ale tramvaielor

Potrivit caietului de sarcini și fișei de date a achiziției, aceiași factori de evaluare au fost instituiți pentru toate cele patru loturi ale procedurii.

În esență, factorii de evaluare privesc:

a) numărul suplimentar de călători transportați (maximum 14 puncte), împărțit în doi subfactori:

(i) numărul suplimentar de călători transportați în picioare (maximum 7 puncte);

(ii) numărul suplimentar de călători transportați pe scaune (maximum 7 puncte).

b) perioada de garanție extinsă (maximum 6 puncte);

c) prețul ofertei (maximum 80 puncte).

Prin contestație, a argumentat că factorii de evaluare ce privesc numărul suplimentar de călători transportați și perioada de garanție extinsă au o natură pur formală, care nu privesc aspecte calitative ale tramvaielor oferite și nu aduc un avantaj calitativ real Achizitorului.

Contrar aprecierilor CNSC, modul în care Achizitorul a elaborat factorii de evaluare încalcă dispozițiile art. 32 alin. (2) și alin. (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și pe cele ale art. 187 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, chiar dacă un număr mai mare de călători per tramvai și existența unei garanții extinse prezintă avantaje pentru Achizitor, introducerea acestora sub forma unor factori de evaluare nu reprezintă criterii de departajare reale, ei putând fi îndepliniți de orice ofertant.

Pe de o parte, garanția extinsă nu ar putea constitui un factor de evaluare care să nu fie pur formal, deoarece orice operator economic va asigura perioada maximă de garanție extinsă solicitată pentru a primi punctajul maxim, orice costuri suplimentare fiind adăugate la prețul ofertei. Astfel, un asemenea factor de evaluare nu ar fi susceptibil să ducă la depunerea unor oferte care să ofere avantaje diferite Autorității contractante.

Pe de altă parte, având în vedere că lipsește cerința deținerii unor omologări asupra tramvaielor oferite, fiind acceptate și prototipuri, este suficient de evident că toți participanții vor adapta tramvaiele astfel încât să primească punctajul maxim pentru numărul de călători transportat, verificarea tehnică a capacității reale a unei asemenea dimensiuni urmând a fi verificată numai ulterior atribuirii contractului, cu ocazia omologării (sau nu) primite din partea AFER. O astfel de situație face ca factorii de evaluare ce privesc numărul de călători transportați să aibă doar un caracter formal.

Totodată, fiind o procedură cu buget fix, legea impune Autorității contractante ca factorii de evaluare să se refere numai la aspecte calitative ale produselor care fac obiectul achiziției.

Or, factorii de evaluare privind numărul suplimentar de călători transportați și perioada de garanție extinsă nu pot fi considerați că respectă această normă legală. În realitate, niciunul din aceștia nu privesc aspecte calitative ale tramvaielor.

Calitatea unui produs de tipul tramvaiului este reflectată de calitatea componentelor sale, precum și de puterea de tracțiune, consumul de energie electrică, nivelul de zgomot produs, confortul termic al pasagerilor, durata de viață a sa, precum și de alte specificații.

Așadar, factorii de evaluare instituiți de către Autoritatea contractantă au un caracter pur formal, nefiind concepuți să provoace o reală departajare a ofertelor participante sub aspect tehnic. Se creează posibilitatea ca orice operator economic să obțină punctajul integral, prin simpla asumare a livrării unor tramvaie cu o capacitate de 88 de călători transportați în picioare și 40 de scaune fixe și cu o garanție de 10 ani sau 700.000 km.

Interesul Autorității contractante este să obțină produse noi, nefolosite, chiar din caietul de sarcini (secțiunea 4) rezultând că aceasta urmărește ca, printre multe altele, tramvaiele să îndeplinească condiții speciale de fiabilitate, securitate, confort, protecție ambientală la nivelul normelor europene actuale (SR EN 50126-1:2003/AC:2014 [19], SR EN 50128:2012/AC:2014 [20], SR EN 50129:2003/AC:2014 [21], SR EN 14363:2016 [6], SR EN 50121- 5:2017 [18], SR EN 50500:2009/A1:2015 [37], SR EN 62311:2008 [47]) și trebuie să asigure o fiabilitate ridicată, o mentenanță scăzută și accesibilitate ușoară la agregate.

Cu toate acestea, în contrarietate cu propriul interes și în pofida alegerii unui criteriu de atribuire care, aparent, ar trebui să aibă ca efect realizarea unei departajări în funcție de aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, Autoritatea contractantă a ales să introducă factori de evaluare pur formali, din care unul este doar aparent calitativ (capacitatea de transport nu presupune în mod automat și un avantaj), care pot fi îndepliniți de orice participant la procedură.

În aceste condiții, se întrevide elementul real care va determina ofertantul care se va plasa pe primul loc în urma acordării punctajelor aferente factorilor de evaluare: prețul ofertei. Or, coroborând factorii de evaluare cu alte aspecte contestate (lipsa impunerii unei cerințe adecvate privind capacitatea tehnică și/sau profesională și lipsa solicitării deținerii omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători), se prefigurează atribuirea acestui/acestor contract(e) operatorului economic care ofertează prețul cel mai mic. Aceasta în absența oricăror garanții privind capacitatea tehnică de a livra produsele și fără a demonstra că deține licență pentru produsele pe care se angajează să le livreze.

Pentru motivele expuse, a solicitat admiterea plângerii și schimbarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul obligării Achizitorului la modificarea celor doi factori de evaluare arătați, în sensul înlocuirii acestora cu factori de evaluare care să se refere numai la aspecte calitative ale tramvaielor ce se dorește a fi achiziționate, precum: nivelul de zgomot cât mai redus, consumul cât mai redus de energie electrică, confortul termic al pasagerilor (puterea aparatelor de încălzit/răcit) sau alte elemente privind calitatea.

În subsidiar, în cazul în care se constată că factorii de evaluare sunt introduși în mod legal ori, că Autoritatea contractantă nu poate fi obligată la modificarea acestora, a solicitat modificarea ponderii tuturor celor trei factori de evaluare, astfel încât să reflecte în mod corect importanța acestora.

Contrar celor reținute în Decizia CNSC, Autoritatea contractantă poate fi obligată la modificarea ponderii factorilor de evaluare, în temeiul art. 32 alin. (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, care dispune că „pondera stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect: a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv”.

Astfel, ponderea factorilor de evaluare care nu țin de preț ar trebui să fie mai ridicată în raport cu punctajul total, având în vedere că perioada de garanție extinsă și capacitatea de transport a tramvaielelor oferă Achizitorului avantaje de natură financiară care nu sunt reflectate în mod just.

O pondere de 28, 12 și, respectiv, 60 puncte pentru cei trei factori de evaluare ar sublinia mai bine avantajele obținute de Autoritatea contractantă.

Față de măsurile de remediere luate de către achizitor, în sensul modificării documentației de atribuire a învederat următoarele:

Deși a acceptat majoritatea măsurilor de remediere, modificarea documentației de atribuire în alt mod decât cel solicitat de către petentă încalcă prevederile art. 9 din Legea nr. 101/2016 și principiul disponibilității.

Consiliul a acceptat fără justificare modificarea efectuată de către Achizitor prin punctul său de vedere asupra punctului 13.1 a caietului de sarcini: prin adăugarea frazei „sau că sunt membrii ai unei anumite organizații care le dă posibilitatea legală să execute obiectul prezentului contract așa cum sunt acestea menționate în cadrul autorizațiilor și certificărilor solicitate”.

Deși, prin contestație, a solicitat corelarea unor prevederi similare aflate în mai multe dintre actele din documentația de atribuire, Autoritatea contractantă a depășit această solicitare, modificându-și propria documentație de atribuire în alt mod decât cel cerut de subscrisa, fără a fi îndreptățită să ia o astfel de măsură.

Textul art. 9 din Legea nr. 101 /2016 este suficient de clar sub acest aspect, dispunând la alin. (1) că „după primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației”, iar la alin. (3) că, „în situația în care contestatorul consideră că măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea actelor invocate ca fiind nelegale, acesta trimite Consiliului și autorității contractante o cerere de renunțare la contestație”. Acest text trebuie coroborat cu principiul disponibilității procesului civil care, urmând a fi aplicat în această procedură, se interpretează în sensul că cel care stabilește obiectul și limitele contestației este contestatorul.

Or, în ceea ce privește adăugarea frazei citate anterior, prin concluziile scrise formulate în cadrul procedurii administrativ-jurisdicționale, petenta s-a opus modificării efectuate de Autoritatea contractantă.

Astfel, Consiliul ar fi trebuit să continue soluționarea cauzei, în sensul analizării celor solicitate de către [REDACTAT] dar nu să accepte modificările suplimentare efectuate de către Achizitor. O asemenea conduită se situează în afara cadrului legal aplicabil procedurii contestației administrativ-jurisdicționale.

Prin urmare, și soluția CNSC asupra măsurilor de remediere luate de către Autoritatea contractantă, strict în ceea ce privește adăugarea frazei „sau că sunt membrii ai unei anumite organizații care le dă posibilitatea legală să execute obiectul prezentului contract așa cum sunt acestea menționate în cadrul autorizațiilor și certificărilor solicitate”, este nelegală, fiind necesară schimbarea Deciziei CNSC și sub acest aspect, în sensul înlăturării modificării respective.

În drept: art. 3, art. 157-159, art. 172, art. 175, art. 179 din Legea 98/2016, Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, art. 29 din Legea 101/2016, OMT nr. 290/2000 și anexele sale.

Intimatul, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI (MLPDA), legal citat a depus întâmpinare, prin care a solicitat respingerea plângerii formulate de [REDACTAT] în contradictoriu cu MLPDA.

În motivare a arătat următoarele:

În fapt, la data de 07.07.2020 instituția intimată a inițiat prin publicarea anunțului de participare nr.CNI022480 o procedură deschisă privind atribuirea unui contract de achiziție publică de produse cu titlul „Achiziția de 49 de tramvaie cu lungimea de cca.18 m destinate transportului public de călători...”

Procedura are o valoare estimată de 392.0000.000 lei și a fost împărțită pe patru loturi, astfel:

-Lot.1 Municipiul Botosani (9 tramvaie unidirecționale de cca.18 m):72.000.000 lei fără TVA:

-Lot.2 Municipiul Brăila (10 tramvaie unidirecționale de cca.18 m):80.000.000 lei fără

TVA:

-Lot.3 Municipiul Galati (10 tramvaie unidirecționale de cca.18 m):80.000.000 lei fără

TVA:

-Lot.4 Municipiul Ploiesti (20 tramvaie unidirecționale de cca.18 m): 160.000.000 lei fără

TVA.

A solicitat respingerea primei critici formulate de petentă, respectiv „ Cerința aflată la pct.!!!.1.3.a) din Fișa de date a achiziției este nejustificat de permisivă în raport cu complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit”, prin raportare la următoarele:

Conform art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență prin raportare la contractele executate în trecut, operatorul economic putând face dovada îndeplinirii cerințelor prin prezentarea informațiilor și documentelor menționate la art. 179 alin. (1) din legea menționată anterior. Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili în cadrul documentației de atribuire cerințe privind capacitatea tehnică și profesională necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele și experiența necesare pentru execuția contractului la standardele de calitate corespunzătoare.

Toate cerințele privind capacitatea au legătură directă și sunt proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică.

Cerința privind experiența nu trebuie să fie identică, ci similară cu obiectul contractului și a fost formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.

Autoritatea contractantă nu a impus un plafon valoric sau cantitativ, motivat de faptul că , fiind vorba de un contract de livrare de produse se considera ca un potențial ofertant ar putea îndeplini cu succes contractul indiferent ca a livrat 1 tramvai, cat si 9.10 sau 20 tramvaie (in funcție de lotul/loturile oferate). Pe lângă acest aspect, a menționat faptul ca un astfel de contract se poate întinde pe durata mai multor ani, autoritatea contractanta dorind sa asigure o concurenta cat mai mare, datorita experientei legate de proceduri de achiziție similare, unde concurența a fost redusă.

Conform art. 2 din Instrucțiunea ANAP Nr. 2/2017:

Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare si selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea si experiența necesară pentru a gestiona si duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

La stabilirea cerințelor minime de calificare si selecție, autoritățile/entitățile contractante vor tine cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea si natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la alin. (1), consideram ca nesolicitarea unui plafon valoric sau cantitativ nu reprezintă relevanta fata de prezenta procedură.

Astfel, autoritatea contractantă a stabilit cerința privind experiența similară astfel încât să nu restricționeze participarea operatorilor economici de profil, la procedura de atribuire și să se asigure o concurență adecvată. Prin faptul ca autoritatea contractantă nu a impus un prag valoric pentru experiența similară, a urmărit stabilirea unor cerințe de calificare care să permit oricărui operator economic interesat sa depună oferta. În aprecierea autorității contractante, daca ofertantul a livrat un tramvai, care a fost recepționat și pus în funcțiune, de către operatorul economic de profil, este suficient pentru autoritatea contractantă în vederea dovedirii experienței, având în vedere că procesul de producție/livrare a tramvaielor este unul repetitiv și identic (fiind același produs).

Mai mult, autoritatea contractantă a prevăzut în documentația de atribuire dreptul furnizorului de a solicita beneficiarului, respectiv UAT-urile beneficiare plăți în avans, fără dobândă, în vederea furnizării produselor din contract.

Astfel, demararea procesului de producție a tramvaielor este susținuta financiar de beneficiar, iar experiența similară solicitată este suficienta pentru autoritatea contractanta în vederea dovedirii capacității de producție și furnizarea tramvaielor ce fac obiectul procedurii.

În speță, asa cum apreciază în mod corect si CNSC, sunt incidente prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016 potrivit cărora:..Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la

procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit,...

Așadar, contrar afirmațiilor petentei autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de calificare care să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între operatorii economici, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal, prevăzute la art.2 alin.(2) lit. a) și b) din Legea nr.98/2016.

Mai mult, prin impunerea acestei cerințe de calificare, autoritatea contractantă urmărește să se asigure că la procedura de atribuire vor participa ofertanți care au mai livrat produse similare, iar prin nestabilirea unui prag valoric pentru livrările de produse efectuate în ultimii 3 ani sau unui număr de contracte derulate anterior, aceasta dă posibilitatea unui număr mai mare de operatori economici să participe la procedura de atribuire, în vederea asigurării unei concurențe reale.

Totodată, cu privire la acest aspect, a solicitat să se aibă în vedere și faptul că în cuprinsul Strategiei de contractare nr. 44412/18.03.2020, modificată în urma avizului ANAP, la justificarea cerinței privind experiența similară se menționează următoarele: „Cerințele privind experiența similară stabilite de autoritatea contractantă vizează în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut...”

Pe cale de consecință, tocmai stabilirea unei valori pentru livrările de produse efectuate în ultimii 3 ani ar avea ca efect restrângerea concurenței în sensul imposibilității participării la procedură al unor operatori economici care nu au livrat produse similare într-o anumită valoare, deși au capacitatea de a construi/livra tramvaie la nivelul de calitate solicitat, celor din prezenta procedură.

Așadar, în speță, caracterul permisiv al cerinței privind experiența similară nu o prejudiciază în nici un fel pe petentă, nu o împiedică să depună ofertă, aceasta nefiind vătămată de modul în care autoritatea contractantă a redactat cerința privind experiența similară.

Cu privire la susținerile petentei referitoare la cerința tehnică minimală privind omologarea în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători, a învederat faptul că termenele de livrare impuse prin caietul de sarcini (17 luni pentru primul tramvai, respectiv 22 de luni pentru restul tramvaielelor) se referă la toate cele 4 loturi ce însumează 49 tramvaie).

Astfel, ofertanții au posibilitatea de a ofera fie pentru toate cele 4 loturi, fie doar pe loturi, respectiv Lot 1, Municipiul Botoșani - 9 tramvaie, Lot 2, Municipiul Brăila - 10 tramvaie, Lot. 3, Municipiul Galați - 10 tramvaie și Lot 4, Municipiul Ploiești - 20 tramvaie.

În oricare dintre situațiile sus menționate, conform perioadei de omologare recomandate de Autoritatea Feroviară Română - AFER, organismul tehnic specializat al Ministerului Transporturilor care acordă asistență tehnică de specialitate și efectuează expertize în domeniul transporturilor feroviare, cu metroul și urban pe șine, 17 luni reprezintă o perioadă suficientă realizării procedurii de fabricare, omologare și efectuare a testelor aferente în timp util pentru produsele neomologate la momentul ofertării, testul de oboseală la boghiu având o durată de aproximativ 2 luni.

Având în vedere faptul că durata de implementare a unui proiect de achiziție mijloace de transport public - tramvaie, troleibuze și autobuze electrice implementat de Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației (MLPDA) este de 24 de luni, durata finală a perioadei de implementare fiind 31 decembrie 2022 și depunerea la toate procedurile de achiziție tramvaie inițiate de MLPDA de oferte ale unor producători de tramvaie neomologate sau neconforme, Autoritatea Contractantă nu a restricționat posibilitatea de ofertare și de tramvaie fără omologare obținută până la momentul ofertării, oferind posibilitatea obținerii și prezentării acestora cu cel puțin 30 de zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai.

Mai mult, astfel cum reține în mod corect și CNSC, autoritatea contractantă nu cataloghează drept “etichetă” solicitarea omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători,

conform definiției acesteia prevăzute la art. 3 alin. (1), lit. u) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „eticheta„ reprezintă orice document, certificat sau atestare care confirmă că lucrări, produse, servicii, procese sau proceduri îndeplinesc anumite cerințe, în speță fiind relevante prevederile art. 157 alin.(1) din același act normativ potrivit cărora:„în cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze(...) produse(...) cu anumite caracteristici de mediu, sociale sau de altă natură, aceasta poate solicita prin specificațiile tehnice, factorii de evaluare sau prin condițiile de executare a contractului o etichetă specifică drept dovadă că (...) produsele corespund cerințelor solicitate(...)„.

De asemenea, Caietul de sarcini este unul extrem de complex și conține o multitudine de specificații tehnice și de cerințe de conformare cu standardele și reglementările naționale și internaționale aplicabile, proiectele de tramvaie existente necesitând a fi proiectate/adaptate conform specificațiilor solicitate.

Prezentul caiet de sarcini a fost elaborat de către experții [REDACTED] în strânsă interacțiune cu UAT-urile beneficiare implicate.

Contextul european, de finanțare a proiectelor de achiziție de mijloace de transport în comun - tramvaie în spațiul european a determinat planificarea producției marilor producători de tramvaie [REDACTED] pe următorii 5-10 ani. Din analiza producătorilor de tramvaie cărora li s-au atribuit contracte în ultimii 3 ani în România, reiese că principalii producători sunt cei de nisă, majoritatea cu produse neomologate în țări din U.E. [REDACTED]

Totodată, este de reținut faptul că Autoritatea Contractantă a modificat cerințele privind omologarea de la punctul 2 din Caietul de sarcini, astfel:

„Punctul 2, Tramvaiele oferite trebuie să îndeplinească minimum următoarele condiții:

[...]

D Ofertantul declarat câștigător va obține pe cheltuiala acestuia până la data livrării primului tramvai următoarele documente:

- certificat de omologare în România pentru producătorii interni, iar pentru cei externi certificat de omologare obținut în Uniunea Europeană pentru transportul urban pe șine și agrementul tehnic feroviar pentru produsul din import în termen de șase luni de la câștigarea licitației;

- certificatele de omologare sus menționate se prezintă beneficiarului cu cel puțin 30 de zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai;

- ofertantul va depune la ofertă o Declarație-angajament prin care își asumă obținerea pe cheltuiala acestuia a omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban pe șine;

Autoritatea Contractantă a modificat și cerințele privind omologarea de la punctul 13.1 din Caietul de sarcini, astfel:

Fiecare tramvai va fi însoțit de documentație tehnică minimală în limba română:

- certificat de omologare în România pentru producătorii interni, iar pentru cei externi certificat de omologare obținut în Uniunea Europeană pentru transportul urban pe șine și agrementul tehnic feroviar pentru produsul din import; acestea se prezintă beneficiarului cu cel puțin 30 de zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai;

□ [...]

Autoritatea Contractantă menține cerința din Caietul de sarcini privind prezentarea omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban pe șine de la punctul 2 din caietul de sarcini considerând propunerea de modificare ca fiind restrictivă în raport cu prevederile Legii nr. 98/2016.

Autoritatea Contractantă a modificat și înlocuit de asemenea sintagma „pentru transport urban de călători” cu expresia „pentru transportul urban pe șine”.

În ceea ce privește susținerea potrivit căreia „cerința privind omologarea în Uniunea Europeană reprezintă o cerință a experienței deținute de ofertanți”, o apreciem ca fiind eronată, întrucât există posibilitatea ca operatorul economic ofertant să fi produs și furnizat tramvaie de o altă capacitate și/sau alte specificații decât cele ce fac obiectul prezentei proceduri, însă nu deține omologare

pentru produsul - tramvaie 18 m. In aceasta situație nu înseamnă că operatorul economic nu deține experiența similară.

Referitor la critica petentei cu privire la factorii de evaluare, a precizat faptul că [redacted] emite o opinie eronată reținând că procedura de atribuire „are buget fix”, întrucât și componenta financiară (prețul) face obiectul ofertării, autoritatea contractantă acordând acestui factor maxim 80 de puncte.

Prin „buget fix” s-ar înțelege că operatorii economici au obligația de a oferi ca propunere financiară valoarea estimată de către autoritatea contractantă, departajarea ofertelor urmând a se realiza doar pe baza factorilor de evaluare tehnici, situație care nu este aplicabilă prezentei proceduri.

Factorii de evaluare (preț global, număr suplimentar de calatori transportați, garanția extinsă) sunt calitativi, clar exprimați în conformitate cu prevederile art. 187, alin. (4) și (5) din Legea 98/2016 și nu conduc la o libertate de apreciere nelimitată (art. 189, alin. (1) din Legea 98/2016).

Pentru fiecare factor de evaluare au fost acordate ponderi relative, care sunt raportate la intervale valorice.

Factorul „număr suplimentar de călători”, are în vedere atât numărul suplimentar de călători transportați în picioare, cât și numărul de călători transportați pe scaune. Creșterea numărului de călători transportați în picioare este importantă mai ales în orele de vârf, când numărul de calatori crește substanțial față de media zilnică, iar numărul de călători transportați pe scaune este important în restul orelor, asigurând un confort sporit pasagerilor, în special persoanelor cu dizabilități și vârstnice. Scopul ambelor criterii este de a crește numărul de persoane care vor utiliza transportul public.

Factorul garanție extinsă a fost luat în considerare pentru minimalizarea cheltuielilor autorităților contractante, urmărind astfel eficientizarea utilizării fondurilor publice.

Autoritatea contractanta urmărește obținerea unui avantaj financiar, în valoarea estimata nefiind incluse și costuri suplimentare pentru garanția extinsă de peste 5 ani, astfel s-a luat în considerare punctarea operatorilor economici prin acest factor, considerat un beneficiu pentru autoritatea contractantă.

Totodată, Autoritatea contractantă este protejată pentru o perioadă cât mai lungă de timp de cheltuieli neprevăzute cum sunt: cheltuieli de întreținere, piese a căror uzură se deteriorează, repararea sau înlocuirea unor defecțiuni.

Prin urmare, contrar afirmațiilor petentei, stabilirea ponderilor relative este atribuția exclusivă a autorității contractante, legislația în domeniul achizițiilor publice neimpunând autorității să stabilească anumite ponderi ale factorilor de evaluare, lăsând la latitudinea acesteia să aleagă nivelul acestei ponderi, întocmirea documentației de atribuire intrând în sarcina sa și nu a operatorilor economici.

Astfel, raportat la stabilirea factorilor de evaluare, MLPDA, în calitatea sa de autoritate contractantă a întocmit documentația de atribuire cu respectarea prevederilor art.32 din HG nr.395/2016, potrivit căror: „Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat;sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv...

Așadar, în speța dedusă judecării, factorii de evaluare impuși nu conduc la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire, susținerile reclamantei nefiind în măsură să reflecte netemeinicia ponderii de 20% pentru factorii tehnici.

Concluzionând a arătat faptul că, deși MLPDA a procedat la corelarea și modificarea unor cerințe în caietul de sarcini, astfel cum s-au solicitat, petenta persistă într-o evaluare subiectivă și doar la nivel declarativ, în fapt neindicând un temei legal care ar fi fost încălecat la întocmirea

documentației de atribuire a contractului, conducând astfel la ideea că aceasta urmărește tergiversarea finalizării procedurii și încheierea contractului.

În drept: art. 31 alin.2 din Legea nr.101/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul prezentei întâmpinări.

Curtea, analizând plângerea, constată următoarele:

Petenta [REDACTAT] (în continuare „[REDACTAT]”), în calitate de operator economic interesat să participe la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect achiziția a 49 tramvaie cu lungimea de cca.18m destinate transportului public de călători, inițiată de Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației în calitate de autoritate contractantă, a solicitat „obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor documentației de atribuire” prin modificarea a două dintre cerințele de calificare și a factorilor de evaluare.

1. În ceea ce privește prima solicitare, vizând **cerința privind experiența similară menționată la pct. III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din Fișa de date a achiziției astfel:** „Ofertanții să facă dovada livrării de produse similare în ultimii trei ani calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract”, cu privire la care petenta consideră că este nejustificat de permisivă în raport cu complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit:

Cu referire la criteriile de calificare, Curtea reține ca incidente următoarele dispoziții:

Art.172 din Legea nr.98/2016, potrivit căruia „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) (...)

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) (...)

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- **art.178 alin.1 și 2**, potrivit căruia „(1) Autoritatea contractantă are 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.(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.”

Din analiza prevederilor legale citate, Curtea reține următoarele aspecte relevante:

- stabilirea cerințelor de calificare este în principiu un drept al autorității contractante, pe care îl exercită impus de complexitatea sau volumul contractului ce urmează a fi atribuit. Exercițarea acestui drept trebuie să se facă, de asemenea, respectând principiile achizițiilor publice, între care relevante aici sunt principiul asumării răspunderii, principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, principiul proporționalității.

- aceste cerințe îi vizează pe operatorii economici, fiind un filtru de competitivitate;

- pot viza capacitatea tehnică și profesională a operatorului, anume 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.”

- scopul lor este acela de permite, printre altele, și verificarea existenței unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut. Sau, astfel cum prevede **art.29 alin.1** din Norme (HG nr.395/16), “Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a

indeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”

- în acord cu limitele exercitării dreptului AC de a stabili cerințe de calificare, legea prevede că cerințele privind capacitatea tehnică și profesională trebuie să fie **necesare și adecvate** pentru a se asigura că operatorii economici pot duce la bun sfârșit contractul ce urmează a fi atribuit.

- Totodată, potrivit art.30 din Norme, criteriile de calificare sunt compatibile cu orice tip de procedură de atribuire.

În fapt, autoritatea contractantă a stabilit, în Fisa de date a achiziției, următoarea cerință: “Loturile 1.2.3.4. Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de lucrări de tipul specificat. Experiența similară: Ofertanții să facă dovada livrării de produse similare în ultimii trei ani calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract”

Se reține de asemenea, că în cadrul Secțiunii III.1.3 a) – Capacitatea tehnică și/sau profesională, experiența similară este singura cerință.

Curtea are a stabili dacă cerința de calificare stabilită de autoritate la pct.III.1.3.a) respectă cerințele legale mai sus menționate, în condițiile în care pe de o parte petenta susține că aceasta este nejustificat de permisivă în raport cu complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, în timp ce achizitoarea a precizat că urmărește participarea cât mai multor ofertanți.

Din normele citate, mai rezultă că:

- Cerințele de calificare trebuie să fie **necesare** – adică reclamate de nevoia autorității contractante de a aprecia, de a estima, de a anticipa, pe baza unor elemente obiective și actuale, capacitatea operatorului de executare a viitorului contract.

- Cerințele trebuie să fie și **adecvate** – adică *potrivite* cu natura și complexitatea contractului și *utile*, de natură să dea informațiile relevante autorității contractante pentru evaluarea sa cu privire la operatorul înscris în procedură. Utilitatea cerințelor de calificare, caracterul lor adecvat presupune ca acestea să nu aibă un caracter formal, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă are libertatea de a decide dacă stabilește sau nu cerințe de calificare. Prin urmare, de vreme ce a decis să stabilească astfel de condiții, este de dorit ca acestea să fie și **eficiente, adică rezultatul aplicării lor să nu fie identic celui obținut dacă acele cerințe nu ar fi fost deloc stabilite.**

Totodată, aceste cerințe ar trebui, odată decisă stabilirea lor, să conțină criterii obiective, clare și previzibile pentru toți operatorii economici, astfel încât evaluarea lor să nu permită autorității contractante arii largi de apreciere, care să transforme evaluarea într-un proces subiectiv și interpretabil.

În raport cu aceste aprecieri, Curtea observă că cerința de a dovedi “livrări de produse similare” este stabilită pentru toate cele 4 loturi. Loturile sunt alcătuite din tramvaie unidirecționale de 18 m lungime, astfel: lotul 1- 9 tramvaie; lotul 2 -10 tramvaie; lotul 3- 10 tramvaie; lotul 4-20 tramvaie.

Sub aspectul reclamat de petentă, achizitorul susține că a urmărit să nu stabilească, prin cerințele de calificare, obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența.

Argumentul achizitorului a fost validat de CNSC, care a reținut că tocmai stabilirea unei valori pentru livrările de produse efectuate în ultimii 3 ani ar avea ca efect restrângerea concurenței în sensul imposibilității participării la procedură al unor operatori economici care nu au livrat produse similare într-o anumită valoare, deși au capacitatea de a construi/livra tramvaie la nivelul de calitate solicitat, celor din prezenta procedură.

Motivul a fost reținut fără vreo argumentație raportată la datele specifice, concrete, ale procedurii în curs. Or, în raport cu formularea generală, Curtea nu poate primi argumentul că impunerea cerințelor de calificare reprezintă în sine o modalitate de restrângere a concurenței, de vreme ce stabilirea lor este nu doar permisă, dar și justificată și detaliat reglementată prin legislația primară și secundară. Argumentarea autorității contractante, preluată de Consiliu este echivalentă cu a considera, la modul general și abstract, că impunerea unor cerințe privind capacitatea trebuie să fie considerată întotdeauna ca nepermisă deoarece duc la „restricționarea concurenței” indiferent dacă aceste cerințe sunt justificate și stabilite în limitele legii, lucru evident inadmisibil.

Curtea va reține, pe de o parte, interesul invocat de achizitor, acela ca, prin neimpunerea unui prag valoric pentru experiența similară, să permită oricărui operator economic interesat să depună

oferită. Astfel, după cum menționează autoritatea contractantă, a considerat că "dacă ofertantul a livrat un tramvai, care a fost recepționat și pus în funcțiune de către operatorul economic de profil, este suficient pentru autoritatea contractantă în vederea dovedirii experienței, având în vedere că procesul de producție/livrare este unul repetitiv și identic (fiind același produs)".

Este adevărat că producerea și livrarea chiar și a unui tramvai recepționat și pus în funcțiune de către un operator economic poate face dovada suficientă că acel producător este capabil să producă și tipul de tramvai a cărui achiziționare o urmărește autoritatea contractantă.

Cu toate acestea, Curtea observă că aceasta este o dovadă doar din punct de vedere al tipului de produs pe care îl poate livra operatorul economic, dar nu și al capacității de producție din punct de vedere cantitativ, pentru probarea căreia achizitorul nu a stabilit alte cerințe în afara experienței similare. Or, scopul cerințelor de calificare este, potrivit art.29 alin.1 din Norme, demonstrarea **potențialului tehnic, financiar și organizatoric** al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte **posibilitatea concretă** a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare." Prin urmare, autoritatea contractantă ar trebui să fie interesată, în egală măsură, de capacitatea operatorilor economici de a face față și din punct de vedere cantitativ unui contract de mărimea și valoarea celui propus (experiența similară putând fi un indiciu), capacitate ce ar trebui probată, așadar, și prin criterii cantitative, cu atât mai mult cu cât există o imperativă limitare în timp cu privire la desfășurarea și finalizarea procedurii de achiziție, impusă prin condițiile de finanțare ale acestei achiziții.¹

De altfel, potrivit art. 3 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, "(1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/ unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

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

b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon."

Dacă în cazul atribuirii fiecărui lot câte unui alt ofertant, opțiunea autorității contractante de a nu stabili un criteriu valoric pentru experiența similară rezultată dintr-un singur contract anterior poate fi acceptată - raportat la mărimea și valoarea loturilor aprecierea autorității contractante

¹ conform Ghidului solicitantului Condiții specifice de accesare a fondurilor în cadrul apelului de proiecte cu numărul POR 2018 4 4 1 3 în parteneriat, Axa prioritară 4, prioritatea de investiții 4e și Ghidului solicitantului Condiții specifice de accesare a fondurilor în cadrul apelurilor de proiecte cu numărul POR 2019 3 3.2 3 7REGUNI în parteneriat și POR 2019 3 3 2 2 III în parteneriat, Axa prioritară 3, prioritatea de investiții 4e, modalitatea de acordare a finanțării și de stabilire a drepturilor și obligațiilor este prin actul juridic numit Ordin de finanțare"

Ordin de finanțare - contract de finanțare.

Toate contractele deciziile de finanțare trebuie să se implementeze (recepții făcute și facturi plătite) între 1 ianuarie 2014 și 31 decembrie 2023, conform art. 65 alin. (2) al Regulamentului (UE) nr. 1303/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013 de stabilire a unor dispoziții comune privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime, precum și de stabilire a unor dispoziții generale privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune și Fondul european pentru pescuit și afaceri maritime și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului.

Art. 65 (2) «Cheltuielile sunt eligibile pentru o contribuție din partea fondurilor ESI dacă au fost suportate de un beneficiar și plătite între data transmiterii programului către Comisie sau data de 1 ianuarie 2014, oricare dintre aceste date este mai apropiată, și 31 decembrie 2023. În plus, cheltuielile sunt eligibile pentru contribuții din FEADR numai dacă ajutorul relevant este plătit efectiv de către agenția de plăți în perioada 1 ianuarie 2014 - 31 decembrie 2023»"

situându-se într-o marjă de apreciere rezonabilă - nu aceeași este situația în cazul în care procedura permite atribuirea mai multor sau tuturor loturilor unui singur ofertant, situație pe care însăși legea o abordează distinct, în art.180. Astfel, criteriul cantitativ prezintă relevanță mai ales în condițiile în care autoritatea contractantă nu a exclus, prin documentația de atribuire, posibilitatea atribuirii mai multor sau a tuturor loturilor către același unic ofertant, situație în care valoarea substanțială a întregului contract (392.000.000 lei) și mai ales numărul total de tramvaie (49) ce ar trebui produse în același timp și livrate beneficiarilor ((în 5 luni, către patru autorități administrative-teritoriale) impun ca autoritatea să aibă certitudinea capacității de producție a operatorilor economici.

Potrivit art.180 din Lege, *(1) Atunci când intenționează să atribuie un contract de achiziție publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerințele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte. (2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), autoritatea contractantă poate stabili cerințele privind nivelul cifrei de afaceri minime anuale prin raportare la grupuri de loturi, în cazul în care este permisă atribuirea mai multor loturi aceluiași ofertant, iar contractele pentru acestea trebuie executate în același timp.(3) Prin excepție de la prevederile alin. (1), ca o condiție pentru posibilitatea atribuirii contractelor ce fac obiectul mai multor loturi aceluiași ofertant, autoritatea contractantă poate stabili cerințele privind resursele tehnice și/sau profesionale prin raportare la grupuri de loturi, atunci când utilizarea acestor resurse în cadrul contractelor se realizează simultan sau fac imposibilă alocarea aceluiași/acelorași resurse pentru mai multe contracte care se execută în același timp.*

Raportat la elementele de fapt concrete ale prezentei proceduri, Curtea apreciază că **stabilirea unor repere cantitative pentru evaluarea experienței similare cel puțin în cazul în care documentația permite ca mai multe sau toate cele patru loturi să fie atribuite aceluiași ofertant** reprezintă o cerință relevantă și necesară în raport cu natura și complexitatea contractului și conform exigențelor legale.

De altfel, și potrivit art.179 lit.b din lege, *operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: “b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați.*

Potrivit Instrucțiunii Președintelui ANAP nr.2/2017 - art.2 alin.(1) – *„Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.*

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

Prin urmare, legea însăși prevede, ca regulă, existența unor criterii cantitative. Un criteriu de apreciere a capacității, ca cel din fișa de date a achiziției de față, care nu permite o evaluare corectă și eficientă din partea autorității contractante care să-i faciliteze acesteia estimarea potențialului fiecărui operator economic de a îndeplini întregul contract (cu cele patru loturi) nu poate fi considerat ca fiind *adevat*.

Curtea ia în considerare opțiunea autorității, reținută și de CNSC, de a permite participarea la procedură a unor operatori economici “care nu au livrat produse similare într-o anumită valoare, deși au capacitatea de a construi/livra tramvaie la nivelul de calitate solicitat, celor din prezenta procedură.” Este adevărat că este posibil ca operatorul economic să aibă capacitate de producție, dar să nu fi reușit să încheie contracte în ultimii trei ani, cu care să facă dovada acestei capacități, situație în care participarea unor operatori economici recent apăruiți pe piață (de ex.) ar fi imposibilă (altfel decât în asociere) cu deosebire în domeniul de producție de bunuri/lucrări sau servicii care

prin obiectul și domeniul lor sunt destinate în exclusivitate achizițiilor în sistemul public (în speță transport public de călători).

Cu toate acestea, capacitatea trebuie estimată adecvat contractului propus și nu rezultă nici din punctul de vedere al autorității contractante, nici din decizia CNSC cum se verifică de către achizitor această capacitate de a produce/livra produse, nu doar la nivel calitativ, dar și la nivel cantitativ, în condițiile concrete ale procedurii de față, care presupune etapă de proiectare și omologare și, ulterior, un termen de livrare de numai 5 luni (din luna 17 până în luna 22) pentru toate tramvaiele (49 minus capetele de serie). În cele din urmă, deși orice autoritate contractantă ar trebui să aibă ca scop obținerea unei concurențe sporite - ca fiind mecanismul care garantează ofertele cele mai bune - pentru a fi reală concurența trebuie să aibă loc între operatori competitivi, comparabili, scopul final al autorității fiind nu doar acela de atribuire a contractului, dar și de executare a acestuia în conformitate cu obiectivul public asumat.

Curtea consideră astfel justificate criticile petentei cu privire la caracterul prea permisiv al cerinței privind dovada livrării de produse similare în ultimii trei ani la nivelul a cel puțin unui contract (lără a se impune o anumită valoare sau un anumit număr de produse livrate sau alt criteriu de cuantificare a potențialului tehnic sub aspect și calitativ și cantitativ) **pentru situația atribuirii mai multor sau tuturor loturilor unui singur ofertant**, urmând să oblige autoritatea contractantă de a impune un criteriu cantitativ relevant **pentru această variantă de atribuire**, criteriu care, pe de o parte să permită AC o estimare reală, cât mai aproape de adevăr, a capacității tehnice a ofertantului, iar pe de altă parte să răspundă necesității sale de a permite înscrierea în procedură a cât mai multor operatori economici.

Curtea subliniază că, în aplicarea art.179 lit.b teza a doua din lege, "atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă".

Autoritatea contractantă va ține seama de prevederile art.180 alin.1 și 2 din lege, potrivit cărora când se atribuie un contract de achiziție publică/acord-cadru pe loturi, autoritatea contractantă aplică cerințele privind capacitatea prin raportare la fiecare lot în parte (alin.1), și, **prin excepție**, autoritatea contractantă poate stabili **cerințele privind nivelul cifrei de afaceri minime anuale prin raportare la grupuri de loturi, în cazul în care este permisă atribuirea mai multor loturi aceluiași ofertant, iar contractele pentru acestea trebuie executate în același timp** – în speță în același interval de timp. Totodată, tot prin excepție de la prevederile alin. (1), ca o condiție pentru posibilitatea atribuirii contractelor ce fac obiectul mai multor loturi aceluiași ofertant, autoritatea contractantă poate stabili cerințele privind resursele tehnice și/sau profesionale prin raportare la grupuri de loturi, atunci când utilizarea acestor resurse în cadrul contractelor se realizează simultan sau face imposibilă alocarea aceleiași/acelorași resurse pentru mai multe contracte care se execută în același timp.

Dacă urmarea atragerea în procedură a unui număr mare de operatori economici, chiar cu o capacitate de producție mai mică, autoritatea avea posibilitatea de a include o limitare a numărului de loturi ce pot fi atribuite aceluiași ofertant, condiție care însă trebuia anunțată.

Obligația achizitorului de a stabili, în situația în care mai multe loturi pot reveni aceluiași ofertant, anumite criterii cantitative care să ateste capacitatea operatorului economic este conformă interpretării date de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporționalității din dreptul comunitar, respectiv "impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniențele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV)

2. În ceea ce privește factorii de evaluare

Criteriul de atribuire este raportul calitate/preț.

Pentru evaluarea calității, Autoritatea contractantă a stabilit în fișa de date, trei factori de evaluare: *nr. suplimentar călători transportați în picioare, numărul suplimentar de călători transportați pe scaune și perioada de garanție extinsă.*

Petenta susține că factorii de evaluare au o natură pur formală, care nu privesc aspecte calitative ale tramvaielor oferite și nu aduc un avantaj calitativ real achizitorului și prin modul în care achizitorul a elaborat factorii de evaluare se încalcă dispozițiile art. 32 alin. (2) și alin. (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și pe cele ale art. 187 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit art. 187 din lege:

-Autoritatea contractantă stabilește oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare prevăzuți în documentele achiziției. (alin.2)

- Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”; (alin.3)

- Cel mai bun raport calitate-preț se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru (alin.4).

- Factorii de evaluare pot viza, printre altele:

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;

b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;

c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare.

Potrivit art.32 „(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire. (...)

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a)importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b)cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv.

Curtea apreciază nefondate criticile petentei. Criteriile propuse de AC sunt conforme art.187 alin.4 și 5 din lege, precum și art.32 alin.8 din Norme:

Astfel, factorul de evaluare constând în numărul mai mare de călători decât cei prevăzuți ca cerință minimală în caietul de sarcini vizează un aspect calitativ și social, și o caracteristică funcțională, răspunzând obiectivului autorității contractante (și al beneficiarilor) de satisfacere a serviciilor de transport public de persoane

Garanția extinsă vizează servicii post-vânzare ale căror costuri, conform susținerilor intimatului achizitor, nu au fost incluse în prețul estimat al achiziției. Reflectarea costurilor acestor servicii de garanție extinsă în ofertele financiare ale ofertanților, astfel cum susține petenta pentru a argumenta lipsa folosului economic real pentru achizitor, sunt afirmații bazate pe presupuneri, care nu sunt susținute de mecanismul de atribuire, ce presupune un raport între preț și calitate și care nu ar trebui să încurajeze ofertanții să includă costuri invizibile care să mărească oferta financiară finală, cu atât mai mult cu cât oferta financiară trebuie să aibă un corespondent în fiecare componentă a ofertei

tehnice: creșterea prețului oferit (cu costurile garanției extinse) presupune un risc pe care fiecare ofertant decide dacă și-l asumă sau nu.

În plus, legea nu prevede ca fiind necesar ca fiecare criteriu de atribuire care să confere un avantaj *economic* autorității contractante, fiind suficient ca ele să aibă legătură cu obiectul contractului. Art.32 din Norme prevede că *„atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care (...) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv, prin urmare, nefiind vorba în mod necesar despre un avantaj cuantificabil financiar.*

CJUE, în cauza C-513/99 Concordia Bus Finland, a arătat că nu fiecare dintre criteriile de atribuire, reținute de autoritatea contractantă pentru a identifica oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, trebuie, în mod necesar, să fie de natură strict economică. Într-adevăr, nu poate fi exclus faptul că factorii care nu sunt strict economici pot să influențeze, din perspectiva autorității contractante, valoarea unei oferte”, constatare susținută, de asemenea, de însăși redactarea dispoziției legale care face referire, în mod expres, la criteriul privind, de ex., caracteristicile estetice ale unei oferte.

De altfel, CJUE recunoaște, prin jurisprudența sa, o largă marjă de apreciere autorității contractante în stabilirea criteriilor de atribuire, în măsura în care aceste criterii îndeplinesc condițiile de a fi legate de obiectul contractului, de a nu-i conferi autorității contractante în cauză o libertate necondiționată de alegere, de a fi menționate în mod expres în caietul de sarcini sau în anunțul de participare și de a respecta toate principiile fundamentale ale dreptului comunitar, în special principiul nediscriminării, exigențe care se regăsesc în art.187-188 din Lege și

Așadar, asupra oportunității factorilor de evaluare, autoritatea are drept de apreciere, fiind considerate de aceasta de natură să răspundă obiectivului și serviciului public de transport călători. Curtea ia în considerare, ca și Consiliul, argumentarea achizitorului privind utilitatea și necesitatea celor doi factori de evaluare, fără a mai considera necesară redarea argumentelor, reținute de altfel în decizia Consiliului.

Fără a nega existența și a altor factori de evaluare utili, precum cei exemplificați de petentă (calitatea componentelor tramvaiului, precum și de puterea de tracțiune, consumul de energie electrică, nivelul de zgomot produs, confortul termic al pasagerilor, durata de viață a sa, precum și de alte specificații.), Curtea reamintește că legea nu conferă instanței sau Consiliului rolul de decide, prin aprecieri de *oportunitate* economică, tehnică/tehnologică, funcțională, etc., înlăturarea unor factori de evaluare și cu atât mai puțin înlocuirea lor cu alții, propuși de ofertanți, rolul controlului administrativ-jurisdicțional fiind acela de a verifica îndeplinirea cerințelor de legalitate ai factorilor de evaluare, astfel cum au fost anterior sintetizate, iar înlăturarea unui factor de evaluare prin intervenția instanței ar putea fi justificată numai de încălcarea evidentă a acestor condiții. Or, din acest punct de vedere nu se poate reține că factorii de evaluare propuși încălcă condițiile necesare.

Cât privește caracterul „pur formal” al celor doi factori de evaluare ca nefiind concepuți să provoace o reală departajare a ofertelor participante sub aspect tehnic, Curtea reamintește că atât numărul suplimentar de călători, cât și perioada de garanție extinsă sunt factori de preferință ai autorităților contractante constant utilizați în achizițiile de mijloace de transport în comun, reflectând o nevoie reală cu privire la o capacitatea de transport mărită și de diminuare a costurilor prin garanții extinse.

Pe de altă parte, este de observat că există o anumită corelare între exigențele caietului de sarcini și factorii de evaluare. „Condițiile speciale de fiabilitate, securitate, confort, protecție ambientală la nivelul normelor europene actuale”, la care face referire petenta ca fiind aspecte care ar contura mai eficient interesul autorității achiziționare, se regăsesc în caietul de sarcini după cum chiar petenta arată, prin urmare ele constituie deja specificații tehnice minimale, necesare pentru însăși conformitatea ofertelor. Prin urmare, cu cât autoritatea contractantă și-a asigurat un nivel de exigență mai mare al specificațiilor tehnice minimale, cu atât scade varietatea factorilor de evaluare și ponderea care li se acordă în punctajul total.

Faptul că factorii propuși pot fi îndeplinite de toți ofertanții, deși e adevărat că le diminuează relevanța, nu le face totuși formale, deoarece atât intervalul călătorilor suplimentar

admiși (de max.20 în plus în picioare, și max.8 în plus pe scaune), cât cel al garanției extinse (de max 5 ani sau de max.350.000 km în plus) sunt suficient de mari încât să permită oferte variate rezultate din combinarea lor.

În ceea ce privește susținerile petentei [REDACTED] formulate „în subsidiar”, Curtea are în vedere prevederile art. 32 din Norme: „(9) (...) Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat: sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv.

Față de considerentele anterioare, Curtea va respinge ca nefondate și aceste critici ale petentei, apreciind că este în atribuția autorității contractante să determine importanța fiecărui avantaj calitativ exprimat de factorii de evaluare sub formă de pondere, atâta vreme cât ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

În plus, în înțelegerea Curții, cererea formulată în subsidiar privind creșterea ponderii factorilor de evaluare pare să fie în contradicție cu criticile formulate de petentă: pe de o parte, susține că încărcarea suplimentară cu călători și garanția extinsă sunt formale și irelevante în condițiile în care orice operator economic poate răspunde afirmativ acestora; pe de altă parte, în cererea formulată în subsidiar, susține creșterea ponderii acestor doi factori de evaluare la 28% și 12% (în loc de 14% și respectiv 6%).

Or, nu rezultă din raționamentul petentei de ce ar fi necesară creșterea ponderii unor factori de evaluare pe care îi consideră irelevanți și formali, în condițiile în care dacă pot fi îndepliniți de orice operator economic (astfel cum susține petenta), raționamentul ar trebui să conducă la concluzia contrară, a eliminării, înlocuirii sau scăderii ponderii lor, pentru a se evita ca singura relevanță reală să o aibă prețul, ceea ce ar echivala cu o atribuire în fapt exclusiv pe baza criteriului *prețul cel mai scăzut* (în locul criteriului cel mai bun raport calitate/preț), în condițiile în care legea (art.187 alin.3¹) interzice ca achiziția de produse să se facă pe baza criteriului „prețul cel mai scăzut” când valoarea estimată a contractului depășește pragurile prevăzute la art.7 alin.1.

Contrar celor susținute de petentă, contractul nu este unul cu buget fix, ceea ce permite depunerea unor oferte financiare diferite și nu sunt incidente prevederile art.187 alin.6: „(6) În sensul alin. (3) lit. c), criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț include de regulă un element de preț sau de cost; în situația în care autoritatea contractantă inițiază o procedură de atribuire cu buget fix, în care elementul de preț sau de cost este un preț sau cost fix, factorii de evaluare se referă numai la aspecte calitative ale produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziției.”

3. Referitor la critica privind omologarea în Uniunea Europeană, Curtea reține că, prin caietul de sarcini (pagina 11 și 63), autoritatea contractantă a precizat:

„2. Condiții tehnice eliminatorii (...)

ofertantul declarat câștigător va obține pe cheltuiala acestuia până la data livrării primului tramvai următoarele documente: omologarea în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători; în acest sens, ofertantul va depune la ofertă o Declarație-angajament prin care își asumă obținerea pe cheltuiala acestuia a omologării în Uniunea Europeană pentru transportul urban de călători; omologarea va fi prezentată cu 30 zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai conform graficului de livrare asumat de ofertant. (...)

13.1 Documente pentru fiecare tramvai

Fiecare tramvai va fi însoțit de documentație tehnică minimală în limba română:

[...] certificat de omologare în România pentru producătorii interni, iar pentru cei externi certificat de omologare obținut în țara respectivă sau în alt stat din U.E. și agrementul tehnic feroviar pentru produsul din import; acestea se prezintă beneficiarului cu cel puțin 30 zile calendaristice înainte de livrarea primului tramvai”.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului ca **omologarea să fie prezentată odată cu oferta**, Curtea consideră corectă soluția Consiliului de a o aprecia ca neîntemeiată.

Omologarea reprezintă un ansamblu de activități desfășurate în scopul confirmării oficiale a calităților unui produs tehnic și admiterea acestuia spre a fi fabricat în serie și folosit în anumite scopuri.

Potrivit Normei Ministerul Transporturilor din 13 aprilie 2000 privind omologarea tehnică a produselor și/sau serviciilor din transportul feroviar și cu metroul din 13.04.2000 (M. Of. Partea I nr. 465bis din 25 septembrie 2000), omologarea tehnică feroviară constă în evaluarea conformității și a aptitudinii de utilizare, precum și în validarea documentației tehnice de referință a produselor feroviare critice și se finalizează cu eliberarea certificatului de omologare tehnică feroviară. (2) Certificatul de omologare tehnică feroviară se acordă pentru: a) atestarea unui nou tip de produs feroviar critic, denumit certificat de omologare tehnică de tip a produsului; b) atestarea conformității unui produs feroviar critic pentru care există un certificat de omologare tehnică feroviară de tip, realizat de un alt furnizor feroviar decât cel care a obținut certificatul de omologare feroviară de tip, denumit certificat de omologare tehnică feroviară de fabricație a produsului (Art. 2 alin. (1))

Cerința omologării intră, astfel cum susține petentul, în noțiunea de „etichetă” astfel cum este definită de art.3 lit.h din Legea nr.98/2016: „h) cerințe de etichetare - cerințele care trebuie să fie îndeplinite de lucrări, produse, servicii, procese sau proceduri pentru a obține o anumită etichetă”.

Art.157 alin.1, permite AC să solicite, chiar prin condițiile de executare a contractului, o etichetă specifică. “(1) În cazul în care autoritatea contractantă intenționează să achiziționeze lucrări, produse sau servicii cu anumite caracteristici de mediu, sociale sau de altă natură, aceasta poate solicita prin specificațiile tehnice, factorii de evaluare sau **prin condițiile de executare a contractului** o etichetă specifică drept dovadă că lucrările, serviciile sau produsele corespund cerințelor solicitate, dacă următoarele condiții sunt îndeplinite în mod cumulativ: (...)”

Prin urmare, mențiunea din caietul de sarcini nu-i contrară legii, care reglementează această posibilitate a atribuirii condiționate de obținerea unui certificat de omologare *ulterior* atribuirii.

Totodată, Curtea constată că această cerință este exercitată în limitele dreptului de opțiune al autorității contractante, fiind impusă de condiții obiective.

Astfel, pe de o parte, se reține că obiectul achiziției este stabilit de autoritatea contractantă în raport cu scopul, necesitățile cărora bunurile trebuie să le răspundă, dar și cu factori ținând, între altele, de fondurile disponibile, de termenul în care trebuie utilizate și de intervalul de timp în care sunt necesare bunurile de achiziționat. În speță, autoritatea contractantă a ales să accepte și ofertarea unor modele de tramvaie care nu au mai fost produse și deci nici omologate de producător, opțiune legală, justificată (prin dorința participării unui număr mare de ofertanți) și rezonabilă (justificată de AC prin *„termenele de livrare impuse prin caietul de sarcini, de 17 luni pentru primul tramvai, respectiv 22 de luni pentru restul tramvaielor, perioada de 17 luni fiind considerată suficientă, conform perioadei de omologare recomandate de Autoritatea Feroviară Română - AFER, realizării procedurii de fabricare, omologare și efectuare a testelor aferente în timp util pentru produsele neomologate la momentul ofertării, testul de oboseală la boghiu având o durată de aproximativ 2 luni.”*)

Pe de altă parte, 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.

4. Cât privește modificarea adusă de achizitor punctului 13.1 al caietului de sarcini ca urmare a contestației petentei și despre care petenta susține că depășește limitele solicitării sale, Curtea va

respinge ca nefondate criticile formulate cu privire la acceptarea de către Consiliu a adăugării „sau că sunt membri ai unei anumite organizații care le dă posibilitatea legală să execute obiectul prezentului contract așa cum sunt acestea menționate în cadrul autorizațiilor și certificatelor solicitate”.

Autoritatea contractantă poate aduce modificări documentației de atribuire în condițiile art. 55 din Norme: „(1) În cazul în care, după publicarea unui anunț, **interven anumite modificări** față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat **nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.**”

Prin urmare, posibilitatea de modificare a oricărui element din documentația de atribuire există oricând, fără vreo condiționare legală asupra conținutului, anterior depunerii ofertelor. De vreme ce anterior depunerii ofertelor, modificările pot fi făcute din propria inițiativă a autorității contractante, fără limitări de conținut, cu atât mai mult astfel de modificări pot fi aduse, în aceleași condiții, atunci când sunt observate cu ocazia primirii de către AC a unei contestații din partea unui ofertant. Nu există nicio rațiune pentru o altă înțelegere a textului și nicio distincție legală în funcție de sursa și modul identificării deficiențelor documentației care ar trebui corectate. Prin urmare, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Art.9 alin.1 din Leega nr.101/2016 invocat de petentă prevede, într-adevăr, posibilitatea autorității contractante de a adopta măsuri de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a depunerii unor contestații: „(1) După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult 3 zile de la primirea contestației.”

Scopul acestui text este însă acela de a recunoaște dreptul emitentului documentației de a o remedia atunci când a luat cunoștință, în contextul unei contestații, de anumite aspecte neclare/deficite ale documentației. Sintagma „măsuri de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a depunerii unor contestații” are rolul de stabilire a contextului – cauza și momentul – ce pot determina *remediile* (în corelație cu o „solicitare”) dar în niciun caz – în opinia Curții - acest text nu prezintă relevanța pe care o avansează petenta, de a limita posibilitățile autorității de a modifica documentația în funcție de/strict la aspectele/solicitările contestatorului.

Având în vedere considerentele expuse, Curtea va admite plângerea numai în parte, anume cu privire la primul aspect analizat - modificarea documentației de atribuire în ceea ce privește cerința privind „experiența similară”, urmând să admită contestația [redacted] și cu privire la acest criteriu de calificare, menținând celelalte măsuri de remediere a documentației dispuse prin Decizia CNSC. Va respinge în rest plângerea formulată de [redacted] ca nefondată.

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII,
DECIDE:**

Admite în parte plângerea formulată de petenta [redacted] reprezentată de [redacted] și [redacted] cu sediul în [redacted] [redacted] împotriva deciziei nr. 1459/C5/1414,1428,1429 din data de 20.08.2020, pronunțate de CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, în contradictoriu cu **intimații MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI**, cu sediul în București, str. Libertății, nr. 16, sector 5, [redacted] cu sediul în ales la [redacted] [redacted] 1, și [redacted] cu sediul în [redacted]

Modifică Decizia CNSC nr.1459/C5/1414/1428/1429 din 20.08.2020 în sensul că:

- în ceea ce privește contestația formulată de [redacted] o admite în parte și obligă autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire și în ceea ce privește cerința privind „experiența similară”, în conformitate cu considerentele prezentei hotărâri, aducând

documentației de atribuire modificările necesare decurgând din aceasta, să aducă la cunoștința operatorilor interesați noua documentație și să stabilească o nouă dată pentru depunerea ofertelor.

-menține celelalte dispoziții ale deciziei CNSC privind contestația formulată de [REDACTED] Definitivă.

Pronunțată azi, 20 octombrie 2020, prin punerea soluției la dispoziția părților prin intermediul grefei.



JUDECĂTOR,
Cristina Maria Irimia

JUDECĂTOR,
Roxana Chiuariu

GREFIER,
Petronela Marcu - Cotici

Red./Tehnored.: ICM
Data:
Comunicate ex.