

Cod ECLI ECLERO:CABUG:2021:178:002732

DOSAR NR. 7413/2/2021

ROMÂNIA

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI

SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DECIZIA CIVILĂ NR. 2732

Ședința publică de la 13.12.2021

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE: CARMEN MIHAELA VOINESCU

JUDECĂTOR: EMILIAN CONSTANTIN MEIU

JUDECĂTOR: IONUȚ CRISTIAN ANDREESCU

GREFIER: IULIANA ALINA TACHE

Pe rol se află soluționarea plângerilor formulate de petentele

impotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din data de 01.11.2021, în contradictoriu cu intimatii

, având ca obiect „litigiu privind achizițiile publice”.

Dezbatările au avut loc în ședința publică din data de 08.12.2021, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, parte integrantă din prezenta decizie când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da posibilitate părților să depună la dosar concluzii scrise, a amânat pronunțarea la data de 13.12.2021, când, în aceeași compunere, a decis următoarele:

**CURTEA,**

**Deliberând asupra plângerilor de față, reține următoarele:**

Prin Decizia nr. 2409/C2/2477 din data de 01.11.2021, pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, a fost admisă, în parte, contestația

A, în contradictoriu cu

și a fost anulat raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de A pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente părții anulate; a fost obligată autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei; au fost respinse, ca inadmisibile capetele de cerere din contestație constând în obligarea autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta și respinge oferta; a fost admisă excepția inadmisibilității cererii de intervenție formulată de; a fost respinsă cererea de intervenție formulată de

**Împotriva acestei decizii, a formulat plângere contestatoarea**

în temeiul dispozițiilor art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, prin care a solicitat modificarea parțială a Deciziei CNSC, în partea ce vizează motivele de excludere incidente în cazul ofertantului, precum și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința admiterii capetelor de cerere din contestația să ce au vizat obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei și din această perspectivă, pentru următoarele motive:

I. Succintă prezentare a situației de fapt

În data de 07.07.2020, Autoritatea Contractantă a publicat în SICAP anunțul de participare nr. CN10022100 cu privire la procedura de atribuire prin licitație deschisă on-line având ca obiect atribuirea contractului privind achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18m destinate transportului public de călători. Procedura a fost împărțită în 4 loturi: Lot 1 -

În conformitate cu Fișa de date a achiziției (Anexa 3), valoarea estimată totală a Procedurii (fără TVA) este de ..... după cum urmează:

N.

Conform Fișei de date, Procedura a fost organizată și derulată de Autoritatea Contractantă în numele fiecărui ..... beneficiar, în baza Protocolului de asociere și a acordului de parteneriat semnat cu acestea.

Conform Raportului Procedurii (Anexa 4), la Procedură au depus oferte patru operatori economici, după cum urmează:

- (pentru Lot 1, Lot 2, Lot 3, Lot 4);

(pentru

Lot 3.

Potrivit Raportului Procedurii, în urma evaluării ofertelor, oferta Dürmazlar a fost respinsă pentru nedepunerea dovezii constituirii garanției de participare conform art. 64 alin. (3) din HG 395/2016, iar oferta Tatra a fost declarată inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 pentru lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări 85656/15.07.2021.

În urma evaluării ofertelor admisibile și a aplicării criteriilor de atribuire a rezultat următorul clasament (identic pentru toate cele 4 Loturi):

Nr. crt. Ofertant Punctaj evaluare oferta financiară Punctaj evaluare oferta tehnică Punctaj total Clasament

În urma verificării documentelor suport/dovezilor prezentate de ofertantul comisia de evaluare a constatat ca informațiile preliminare din DUAE sunt dovedite, astfel încât acest ofertant a fost declarat câștigător al Procedurii.

Astfel, prin Comunicarea Rezultatului procedurii nr. 107272/08.09.2021 (Anexa 5), petenta a fost informată că oferta să a fost declarată necâștigătoare, ofertant câștigător fiind

Față de acest rezultat al procedurii, a formulat contestație, soluționată prin Decizia CNSC. Prin această decizie, CNSC:

- pe de o parte, a admis în parte contestația să dispunând anularea Raportului Procedurii în partea referitoare la evaluarea ofertei tehnice a ..... având în vedere faptul că din oferta ..... au lipsit documente cerute în mod obligatoriu prin Caietul de sarcini - lista materialelor periculoase utilizate în producția tramvaiului și nomenclatorul de defecte în limba română; astfel CNSC a obligat Autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei

..... pentru toate cele 4 Loturi cu respectarea Deciziei CNSC;

- pe de altă parte, a respins în parte contestația să în partea referitoare la incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016, precum și în partea referitoare la neîndeplinirea cerințelor privind experiența similară de către Bozankaya.

A detaliat în cele de urmează elementele ce susțin netemeinicia Deciziei CNSC în partea referitoare la motivele de excludere și experiența similară, și care, în consecință, impun admiterea integrală a plângerii sale astfel cum a fost formulată.

Decizia CNSC a fost primită de petentă în data de 04.11.2021, plângerea fiind astfel depusă în termen în data de 15.11.2021.

Preliminar a arătat că, prin Decizia CNSC, în esență aceasta a obligat, în mod corect, Autoritatea contractantă la reevaluarea unor neconformități punctuale din oferta ..... Pe lângă aceste neconformități, petenta a invocat însă și o serie de aspecte mai grave din oferta ..... care privesc mai ales motive de excludere a acestui ofertant, cu impact atât în prezenta Procedură, dar și în proceduri viitoare. Dacă în privința neconformităților invocate, CNSC face o analiză exactă și corectă a cerințelor din documentația de atribuire raportat la documentele din ofertă, în cazul motivelor de excludere, dar și de descalificare a ofertei Bozankaya, CNSC are o abordare mai temperată, ce tinde să adauge la lege în beneficiul ofertanților. Este adevărat că măsura excluderii este extrem de drastică, cu consecințe pe termen lung asupra acestora, astfel încât putem înțelege o oarecare reținere din partea CNSC pentru aplicarea unor astfel de măsuri drastice. Pe de altă parte însă, motivele de excludere sunt clar stabilite în lege cu rolul de a limita accesul ofertanților care se încadrează în aceasta, tocmai pentru a preveni un comportament similar în contracte viitoare cu impact asupra autorităților publice și implicit asupra utilizării eficiente a fondurilor publice. Din această perspectivă, crede că se impune o reevaluare în parte a Deciziei CNSC astfel încât să se asigure aplicarea normelor ce vizează mai ales excluderea din procedură în strictă conformitate cu spiritul legii. Astfel a arătat că:

Se impune modificarea Deciziei CNSC cu privire la criticile sale referitoare la incidența motivului de excludere prevăzut de la art. 169 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

Prin contestație, petenta a arătat în esență că:

Contractul dintre ..... privind achiziția a 100 de troleibuze noi a fost reziliat încă din octombrie 2020 (înaintea de depunerea ofertei) de către Mun. .... din culpa ..... pentru nerespectarea prevederilor contractuale privind prezentarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective, condiție esențială pentru îndeplinirea contractului, în lipsa căreia troleibuzele nu ar fi putut livrate/sau pune în funcțiune.

- Notificarea de reziliere transmisă de ..... a făcut obiectul unui litigiu în fața instanțelor competente încă din decembrie 2020, litigiu în care instanța de fond a acordat câștig de cauză ..... și care în acest moment este soluționat în mod definitiv prin Decizia 1369/2021 pronunțată în data de 24.09.2021 în dosarul nr. 31036/3/2020. Curtea de Apel București a menținut cu titlu definitiv, decizia de reziliere a ..... din culpa Bozankaya, anulând exclusiv un singur punct din adresa de reziliere privind despăgubirile solicitate.

- Astfel, decizia definitivă a Curții de Apel a consacrat definitiv și cu autoritate de lucru judecat faptul că toate condițiile rezilierii au fost îndeplinite, inclusiv condiția privind gravitatea neexecutării, astfel cum este prevăzută și de art. 1555 Cod civil.

- În aceste condiții, chiar și în lipsa unei soluții definitive cu privire la fondul cauzei la momentul evaluării ofertelor, precizăm că, având cunoștință de existența unui caz de reziliere a unui contract de achiziție publică în care era parte, ..... nu a făcut nicio mențiune cu privire la aceasta în DUAЕ declarând simplu, faptul că nu ar fi în niciun caz de excludere. Or, prin DUAЕ, ..... avea posibilitatea și obligația de a prezenta Autorității contractante (după ce o informa transparent cu privire la existența unui caz de reziliere), cu privire la argumentele proprii pentru care rezilierea respectivă nu ar fi trebuit luată în considerare în cadrul prezentei proceduri, de exemplu, prezentând acțiunile derulate în instanță.

- Decizia ..... din DUAЕ a fost însă aceea de declara „NU” la secțiunea încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile”, ca și când nu ar fi fost sub incidența vreunui astfel de caz, deși exista un act de reziliere din culpa Bozankaya care beneficia de prezunția de legalitate, până la o decizie contrară a unei instanțe. Oricum, așa cum a arătat, decizia instanței a fost aceea de a valida decizia de reziliere a Autorității contractante.

Prin urmare, a solicitat CNSC obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei Bozankaya în sensul excluderii acestui ofertant de la Procedură, având în vedere incidența motivelor de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

CNSC a respins acest capăt de cerere, stabilind prin Decizia CNSC, în esență, că incidența motivului de excludere prevăzut la art. 169 alin. (1) lit. 01 (încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor) se apreciază exclusiv prin raportare la publicarea unui document constatator în SEAP, iar, raportat la prevederile art. 169 (1) lit. h, (declarații false în conținutul informațiilor transmise) lipsa publicării documentului constatator este de natură să exonereze operatorii economici de obligația declarării în DUAE a situațiilor în care aceștia și-au încălcat obligațiile în mod grav sau repetat, cu consecințele prevăzute de lege.

CNSC a stabilit că lipsa publicării unui document constatator pune Autoritatea contractantă în imposibilitate de a efectua verificările cu privire la incidența motivului de excludere referitor la o neexecutare anterioară gravă sau repetată și, prin urmare, este obligată să se raporteze exclusiv la declarațiile operatorilor economici din DUAE, fără a depune diligențe suplimentare.

Așadar, Decizia CNSC stabilește faptul că o Autoritate Contractantă trebuie să ia în calcul doar documentul constatator publicat în SEAP, ignorând practic situațiile în care faptele care stau la baza motivelor de excludere sunt de notorietate, sau, rezilierea pentru încălcarea obligațiilor în mod grav sau repetat a fost chiar expres constatată printr-o hotărâre judecătorească.

În continuare, a arătat că argumentele CNSC cu privire la acest capăt de cerere sunt neîntemeiate, iar interpretarea CNSC a prevederilor legale incidente a fost realizată de o manieră ce adaugă la lege, contrară spiritului legii și a principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice.

Astfel, raportat la Decizia CNSC și la argumentele prezentate în această decizie, a arătat că este de acord că, în principiu, ofertanții au obligația de a declara în DUAE situațiile ce s-ar putea încadra în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), care stabilește că:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

În schimb, nu poate fi de acord cu raționamentul CNSC că, în lipsa unui document constatator încărcat în SEAP, această situație nu poate fi constatată în niciun mod, decât prin informațiile prezentate în DUAE. Textul de lege nu se referă în niciun moment la o condiție suplimentară reprezentată de publicarea documentului constatator în SEAP.

La pag. 27 din Decizie, CNSC folosește afirmații absolute de tipul „documentul constatator singur este cel care atestă situația de fapt referitoare la îndeplinirea/neîndeplinirea obligațiilor contractuale” care sunt profund neîntemeiate și adaugă la lege.

Practic, argumentarea CNSC este în sensul că în lipsa publicării unui document constatator (din diverse motive, începând cu neglijența unor autorități contractante de a-l publica în termen, până la erori ale sistemului care nu permit vizualizarea corectă a acestoral), autoritățile contractante nu ar avea niciun mijloc de control și nicio marjă de cerceta și analiza motive de excludere ce sunt sub incidența art. 167 alin. (1) lit. q), chiar dacă află despre incidența acestor motive pe alte căi.

O asemenea interpretare ar fi de natură a conduce la situații absurde – a arătat cu titlu de exemplu că în SEAP sunt publicate exclusiv documentele constatatoare emise cu privire la contracte încheiate cu autorități din România. Or, a valida raționamentul CNSC presupune că niciun ofertant nu ar putea fi exclus dintr-o procedură pentru motive de excludere referitoare la încălcarea obligațiilor din contracte de achiziție publică, altele decât cele încheiate cu autorități din România (care sunt singurele, de altfel, care ar putea publica documente constatatoare în SEAP).

O asemenea interpretare în mod cert nu poate fi validată, motivul de excludere operând și în lipsa unui document constatator publicat în SEAP, iar când acesta este de notorietate (cum este în cazul de față), este esențial ca autoritățile contractante, în virtutea rolului activ, să cerceteze orice aspecte ce ar putea ridica dubii asupra posibilității operatorului economic de a participa la procedură, prin solicitări de clarificări menite să lămurească situația de fapt despre care autoritatea are cunoștință.

Mai mult, în spiritul legii, simpla existență a motivului de excludere ar trebui să oblige ofertanții la declararea acestuia în mod transparent în DUAЕ, cu eventuale explicații, urmând ca autoritatea contractantă să poate verifica activ, pe întreaga durată a procedurii dacă se impune sau nu excluderea unui ofertant înainte de finalizarea procedurii.

Astfel, chiar așa cum CNSC stabilește la pag. 26 din Decizie, singurele condiții cumulative ce trebuie analizate pentru a se putea dispune excluderea unui ofertant de la procedură pe baza motivului de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) sunt două: (i) o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale din alt contract de achiziție publică; (ii) încălcările să fi condus la încetarea anticipată a contractului. Textul de lege nu stabilește în niciun caz obligația existenței unui document constatator pentru certificarea celor două condiții, motivul de excludere aplicându-se independent. Documentul constatator vine doar în sprijinul autorităților contractante din România, ca un mijloc suplimentar de documentare.

A condiționa aplicarea unui motiv de excludere de o simplă cerință de publicitate a unui document constatator, excedează cadrului legislativ curent care obligă autoritățile contractante să dea dovadă de diligență și să verifice în orice moment al procedurii (potrivit art. 169 din Legea 98/2016T existența unui motiv de excludere:

„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.”

Decizia CNSC (pag. 29) stabilește că aplicarea art. 169 presupune existența unui document constatator aflat în posesia Autorității contractante. O asemenea susținere tinde să adauge la textul de lege - art. 169 NU stabilește în niciun caz că o asemenea decizie se poate lua exclusiv pe baza unui document constatator publicat în SEAP. Textul de lege este clar și se referă la orice moment în care autoritatea „ia la cunoștință” prin orice mijloace, textul legal fiind nelimitativ și necondiționat.

În orice caz, rezultă cu certitudine că cele două condiții au fost îndeplinite în cazul - faptul că a existat o încălcare gravă a obligațiilor principale în contractul încheiat cu a fost stabilit cu autoritate de lucru judecat de către Curtea de Apel București prin menținerea deciziei de reziliere, prin urmare, nu mai face obiectul niciunei discuții sau interpretări.

Sunt neîntemeiate și argumentele CNSC potrivit cărora art. 166 alin. (8) din HG 395/2016 stabilește că în lipsa unui document constatator, orice informație ce ar putea fi atestată de acesta, este lipsită de suport.

A arătat că art. 166 alin. (8) din HG 395/2016 stabilește că:

„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”

După cum rezultă din simpla lectură a acestui text, acesta reglementează exclusiv situațiile în care decizia de respingere este fundamentată pe baza unui document constatator. Acest text de lege NU limitează și nu condiționează o asemenea decizie de publicarea unui document constatator, ci stabilește obligațiile pe care le are orice autoritate contractantă confruntată cu un asemenea document și anume acelea de a nu se baza exclusiv pe cuprinsul documentului constatator, ci de a face o proprie analiză cu privire la îndeplinirea condițiilor de la art. 167 alin. 1 lit. g) din Lege.

În măsura în care autoritatea contractantă determină din alte surse (cum ar fi în cazul nostru o decizie a unei instanțe judecătorești) sau chiar din surse proprii, va face analiza îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) pe baza informațiilor

disponibile, și în niciun caz nu va ignora aceste circumstanțe pentru lipsa publicării documentului.

În încheiere, a arătat că nu a sugerat în niciun moment că analiza Autorității contractante în cazul [redacted] ar fi trebuit fundamentată exclusiv pe informațiile din presă. A arătat în primul rând faptul că [redacted] ar fi trebuit să declare corect situația rezilierii (permițând astfel Autorității contractante să ia cunoștință de această situație), iar, în plus, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să fie diligentă, să adreseze clarificări [redacted], având în vedere informațiile de notorietate, având posibilitatea să se adreseze chiar și Mun. [redacted] pentru date și informații suplimentare. Ulterior, având toate informațiile necesare putea lua această decizie în cunoștință de cauză, asigurându-se că nu atribuie contractul unui ofertant care a avut o performanță necorespunzătoare în executarea unui alt contract de achiziție publică.

De asemenea, este eronată și interpretarea dată de CNSC în cadrul Deciziei cu privire la prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016 care stabilesc: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

CNSC precizează că acest text de lege nu ar fi aplicabil întrucât nu se referă la situații anterioare participării la procedură, ci la comportamentul ofertantului din cadrul procedurii. Or, CNSC ignoră că petenta a invocat tocmai neconformități ale conduitei [redacted] ce au avut loc în Procedură - și anume faptul că a prezentat declarații false în conținutul DUAE în secțiunea aferentă verificării motivelor de excludere. Omisiunea de a preciza situația de reziliere din culpa acesteia în mod transparent echivalează cu declarații false ce sunt susceptibile să atragă excluderea și în baza acestui text de lege.

Prin urmare, pentru toate aceste argumente, se impune modificarea Deciziei CNSC sub aspectul incidenței motivului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

III. Se impune modificarea Deciziei CNSC în ceea ce privește criticile sale referitoare la experiența similară prezentată de [redacted]

Prin Contestație a arătat în esență că:

Pentru dovedirea cerinței privind experiența similară, potrivit DUAE, [redacted] a prezentat două (2) contracte:

(i) [redacted] din 01.09.2015 realizat în asocieră cu [redacted] pentru furnizarea materialului rulant pentru 22 trenuri de metrou rapid (88 module) pentru proiectul [redacted] proiect finalizat în 10.10.2019, în valoare de [redacted] (39,65% din valoarea contractului); și

(ii) Contractul nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu [redacted] pentru furnizarea a 31 tramvaie. Conform celor declarate în DUAE acest proiect a fost finalizat în 06.10.2017, în valoare de [redacted].

- A arătat punctual faptul că niciunul din cele două contracte nu îndeplinește cerințele de experiență similară. A prezentat în cele ce urmează argumentele sale, precum și poziția exprimată de CNSC prin Decizie, raportat la fiecare contract.

Cu privire la primul contract (22 trenuri de metrou rapid) a arătat, în primul rând faptul că acesta nu îndeplinește cerințele Fișei de date raportat la noțiunea de produse similare.

Astfel a arătat că acest contract a avut drept obiect trenuri metrou rapid. Or acestea sunt mijloace de transport [redacted] ce diferă în mod substanțial de tramvaie care sunt mijloace de transport [redacted]. Prin urmare, a arătat că aceasta nu se încadrează în noțiunea de produse similare astfel cum a fost stabilită prin fișa de date: transport urban pe șine.

În acest sens, a adus o serie întreagă de argumente, arătând în esență (fără a relua întreaga argumentație dezvoltată atât prin Contestație cât și prin Răspunsul la cererea de intervenție a Bozankaya) că:

- la nivelul directivelor europene și chiar a standardelor menționate în Caietul de sarcini se face o distincție foarte clară între metrou - mijloc de transport suburban și tramvai - mijloc de transport urban, dar și între sistemul de transport feroviar urban și cel suburban
- trenurile de metrou se diferențiază în mod substanțial față de tramvaie, astfel:
- metroul circulă pe un sistem separat de cale (pistă separată), pe când tramvaiele circulă în trafic mixt cu mașini, autobuze, biciclete în oraș. Acest lucru are impact total diferit în ceea ce privește proiectarea, inclusiv privind rezistența la Impact, siguranța.
- metroul și tramvaiul sunt pregătite pentru diferite condiții meteorologice, deoarece metroul circulă în principal în tuneluri (subteran), iar tramvaiele circulă pe spațiu deschis.
- sursa de alimentare este diferită: tramvaiul folosește colectorul de curent montat pe acoperiș și este alimentat din catenaria aeriană, fiind necesar un pantograf; metroul este alimentat prin a treia șină.
- tramvaiul este ușor și are limite de sarcină pe osie reduse (max. 12t); metroul este mai aproape de trenul obișnuit, cu sarcini pe osie de 15t sau mai mult.
- în cazul tramvaiului, poziția joasă a podelei obligă echipamentul să fie așezat pe acoperiș, astfel încât pereții și acoperișul trebuie să suporte o sarcină mai mare decât un metrou (unde majoritatea echipamentelor sunt suspendate sub vehicul);
- dimensiunile sunt diferite: tramvaiul solicitat în această procedură are o lungime de 18m și o lățime de 2,4m, iar metroul realizat de [redacted] are 86,6 m lungime și 3,12 m lățime.
- tramvaiul are podeaua sută la sută coborâtă pe toată suprafața, pe când metroul are podeaua înaltă.
- tramvaiul trebuie pregătit să circule pe curbe orizontale înguste de până la 18m. Trenul de metrou circulă pe curbe de 70m sau mai mult.
- în cadrul procedurii prezente se solicită un prag de intrare de 350 mm; în cazul metroului (Linia Verde) pragul de intrare este la 1160 mm.
- cele două mijloace de transport au diferite scenarii de avarie.
- Totodată, a arătat că, argumentele ce au fost aduse de [redacted] ca răspuns la solicitarea de clarificări transmisă de Autoritatea contractantă ca urmare a avizului condiționat emis de ANAP, sunt neîntemeiate, având în vedere că [redacted] citat trunchiat din Ghidul [redacted] - secțiunea 1, paragraful 4, în sensul că a omis să arate că și acest GHID împarte sistemele de transport în urbane și suburbane.

Prin Decizia pronunțată, CNSC a analizat destul de sumar aspectele contestate, invocând în primul rând Avizul condiționat al ANAP care nu a constatat faptul că ofertantul nu îndeplinește criteriul de calificare, ci faptul că informațiile prezentate de acesta nu erau suficiente pentru a fundamenta decizia de a considera admisibilă oferta, concluzionând că răspunsul la clarificări al ofertantului [redacted] a fost găsit concludent de Autoritatea Contractantă.

Raportat la acest argument, a arătat că, după cum a demonstrat în cuprinsul contestației, răspunsul [redacted] a inclus o citare trunchiată din Ghidul CEN - CENELEC 26, respectiv omițând partea în care se face o clară distincție între sistemele de transport urbane și cete suburbane. CNSC nu a analizat practic acest aspect.

Referitor la standarde, este de acord că acestea au fost menționate în Caietul de Sarcini pentru a stabili modul de executare a contractului, iar nu pentru stabilirea noțiunii de produs similar aferent cerinței de calificare. Crede însă că, faptul că aceste standarde, impuse chiar de Autoritatea contractantă, stabilesc o delimitare extrem de clară între tramvai - mijloc de transport urban și metrou - mijloc de transport suburban, este o element puternic care arată diferența majoră între cete două produse, care nu sunt astfel substituibile.

Mai departe, CNSC a invocat faptul că aceasta ar fi pretins de fapt verificarea unei experiențe identice iar nu similare, fapt nepermis de legislația aplicabilă.



Confirmă faptul că legislația nu permite stabilirea unor cerințe de experiență similară identică. Însă, în speță:

(i) Petenta a invocat aplicarea cerinței privind experiența similară astfel cum aceasta s-a stabilit prin documentația de atribuire și care și-a consolidat forța obligatorie.

(ii) Cerința privind produse similare constând din transport urban pe șine a fost stabilită de Autoritatea contractantă după contestarea documentației de atribuire. Bozankaya nu a contestat niciun moment această cerință și nu a solicitat clarificări suplimentare.

(iii) Raportat la această cerință expresă, obligatorie, a arătat doar că există o distincție clară între transportul urban și cel suburban, și prin urmare, nu se poate accepta drept experiență similară un produs de transport suburban, solicitând practic aplicarea cerințelor obligatorii din Fișa de date cu privire la produsele similare.

Mai mult, prin Răspunsul la Cererea de Intervenție, a arătat argumentat faptul că noțiunea de transport urban pe șine ar putea include și noțiunea de metrou ușor (în care nu se încadrează însă noțiunea de metrou rapid realizat de i), citat chiar de Autoritatea contractantă (acest mijloc de transport având loc preponderent la suprafață, iar nu suburban).

Prin urmare, nicidecum aplicarea noțiunii de transport urban pe șine nu ar duce la instituirea unei experiențe similare identice cu cea care face obiectul contractului, în speță tramvaie.

Prin urmare, argumentația CNSC privind experiența similară a ce derivă din realizarea unui metrou rapid nu apare drept fondată, raportat la cerința clară și obligatorie din documentație de atribuire de a prezenta experiența similară raportat la produse similare transport urban pe șine, iar nu transport suburban.

Tot cu privire la primul contract (22 trenuri de metrou rapid) a arătat, în al doilea rând faptul că i nu a declarat corect contribuția sa la acest contract motiv pentru care se impune reevaluarea din perspectiva motivelor de excludere a ofertantului

Astfel a arătat prin contestație că, în cadrul contractului invocat, a efectuat și poate demonstra experiență similară exclusiv în ceea ce privește asamblarea și montajul unor componente, nicidecum în derularea întregului proiect de livrare a unor vehicule de metrou unde întreaga producție este deosebit de complexă și necesită experiență în toate fazele proiectului, experiență pe care nu o deține în baza acestui contract.

De altfel, în dovedirea experienței similare, a s-a limitat a menționa că a executat activitățile prevăzute în Anexa 4 la contractul respectiv, fără a preciza în concret activitățile efectiv derulate - a se vedea Procesul verbal de evaluare nr. 16203/04.02.2021.

Prin urmare, a invocat că, în condițiile în care contractul ce face obiectul prezentei

Proceduri necesită expertiză în toate cele șapte faze ale producției unui tramvai, de la proiectare la testele pentru omologare, activitatea ce vizează exclusiv asamblarea trenurilor nu poate servi drept dovadă a experienței similare. Astfel, i nu se poate folosi de activitățile Siemens din acel contract pentru a se califica la această Procedură. De asemenea, a arătat că Autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice activitățile efectiv realizate de către Bozankaya în cadrul acestui contract și nu doar să se limiteze la a aplica procentul declarat de către Bozankaya.

Prin Decizia pronunțată, CNSC analizează practic aceste critici doar într-un paragraf la pagina 34, respingând criticile sale motivat de faptul că "aspectul evocat de contestator a fost sesizat și de ANAP și a fost lămurit pe calea răspunsului la clarificările solicitate de autoritatea contractantă".

A arătat prin Avizul ANAP nr. 5123/99 I, aceasta a constatat într-adevăr că Autoritatea nu verificase activitățile pentru care ofertanții erau responsabili în cadrul contractelor. Însă, prin răspunsul oferit de aceasta nu a lămurit care au fost aceste activități în concret, făcând o trimitere generală la o Anexă 4, invocând totodată solidaritatea asumată în cadrul contractului.

A arătat în acest sens că, în cadrul Cererii de Intervenție, a a arătat:

Mai mult, petenta a fost solidar responsabilă de executarea tuturor obligațiilor stabilite în sarcina Consorțiului conform Contractului



Potrivit, art. 1 punctul A.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2016: „Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.”

Este astfel evident că s-a bazat pe ideea de "solidaritate" pentru a invoca întreaga experiență aferentă procentului agreat prin contract.

Însă, potrivit art. 14 din Instrucțiunea 2/2017, dacă cerința privind experiența similară este stabilită în corelație cu un plafon valoric (cum e cazul în speță):

A. 1. Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili, fiecare, pentru anumite activități/lucrări, atunci întreaga valoare a activității respective va fi considerată ca fiind atribuită acelui membru care a avut-o în responsabilitate.

iar

A.2. Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.

Or, simpla asumare formală a solidarității (impusă probabil de autoritatea contractantă cum se întâmplă și în majoritatea procedurilor de achiziție și de la noi din țară) nu determină automat aplicarea punctului A.2. Din contră, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice dacă Bozankaya a pus sau nu în comun resursele cu ; pentru derularea contractului și abia apoi să decidă dacă se poate considera drept experiență similară întreaga valoare aferentă procentului său de participare.

Or, declarațiile date în mod public de (de care se îndoiește că nu ar reflecta corect realitatea) denotă în mod cert faptul că fiecare dintre membrii consorțiului a fost responsabil de anumite activități. În consecință, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să ia în considerare doar valoarea activităților respective, iar nu valoarea aferentă procentului său de participare.

Prin urmare, CNSC ar fi trebuit să analizeze faptul că fiecare membru al consorțiului respectiv a fost responsabil de anumite activități și, raportat la prevederile legale incidente să constate că nu putea invoca întreaga experiență similară aferentă procentului agreat cu , ci doar valoarea activităților efectiv derulate de a, obligând astfel Autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei din perspectiva valorii aferente experienței similare din aceste contract.

În ceea ce privește cel de-al doilea contract invocat drept experiență similară (Contractul nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu pentru furnizarea a 31 tramvaie), în esență a arătat prin contestație că acesta nu se încadrează în perioada prevăzută de lege în care experiența este considerată relevantă, dat fiind că, pentru acest contract:

- a livrat primul tramvai (pentru testări) în data de 23.03.2016, iar restul de 30 de tramvaie, erau deja livrate și operaționale în oraș în data de 26.04.2017. Așadar, acestea au fost complet recepționate până la acea dată.

Raportat la termenul inițial de depunere al ofertelor de 13.08.2020, rezultă că livrarea și recepționarea tramvaielor aferente acestui contract s-a făcut înainte de termenul de 3 ani anterior datei limită (chiar și inițiale) de depunere a ofertelor - ceea ce ar fi presupus ca recepția să fie făcută după 13.08.2017.

În acest context a arătat că:

- inițial, la punctul III.1.3.a) din Fișa de date (Capacitatea tehnică și/sau profesională), s-a prevăzut, pentru experiența similară, faptul că ofertanții trebuiau să facă dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani, calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract.

- ulterior, Fișa de date a fost modificată, prin Erata nr. (transmisă la publicare în 23.11.2020 și publicată în 27.11.2020.). Modificarea a stabilit limite valorice

pentru experiența similară aferentă fiecărui lot, dar nu prevedea expres un termen de referință pentru prezentarea experienței similare.

A arătat prin contestație, în esență, raportat la prevederile art. 179 lit. b) din Legea 98/2016 care stabilește:

„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 publice sau privați; 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”, că, potrivit legii, regula în materie este că experiența similară se raportează la ultimii 3 ani dinaintea datei limită de depunere a ofertelor, iar orice altă perioadă ce depășește 3 ani poate fi stabilită de autoritatea contractantă, doar în măsura în care consideră necesar în vederea asigurării unui nivel corespunzător de experiență și numai în mod expres.

Prin Decizia CNSC, aceasta statuează în esență că, în condițiile în care prin Fișa de date modificată prin erată nu s-a prevăzut un anumit termen pentru dovedirea experienței similare, prin urmare un ofertant nu poate fi respins pentru "un considerent nestabilit în documentele achiziției".

Or în speță, în lipsa unui termen limită din documentația de atribuire, tocmai că trebuia să se aplice limita maximă permisă de lege de 3 ani, iar nicidecum perioadă nedefinită de timp.

Legea (prin articolul sus citat) stabilește în mod clar o limită maximă de prezentare a experienței similare, lăsând posibilitatea autorității contractante să deroge de la această limită, în acest caz, numai expres.

Or, Decizia CNSC, în forma actuală, e de natură a permite Autorităților să nu menționeze niciun termen cu privire la experiența similară, ceea ce, în concepția acestei decizii, înseamnă că se va permite prezentarea unei experiențe oricât de vechi. Acest fapt implică însă o eludare nepermisă a normelor legale care statuează expres limitele în care trebuie să se încadreze o procedură.

Faptul că o fișă de date nu reiterează toate normele legale nu înseamnă că acestea nu se mai aplică sau că autoritatea contractantă nu trebuie să mai țină cont de ele.

Nu este de acord nici cu argumentul conform căruia, dacă aceasta nu era de acord cu această modificare ar fi trebuit să o conteste. Din perspectiva să, cerința a fost clară în sensul că aceasta se completează cu cadrul legal aplicabil, care stabilește un termen limită de 3 ani, iar orice depășire a acestuia trebuie statuată expres. A considerat astfel că, din perspectiva Autorității contractante era redundant să mai menționeze termenul limită de 3 ani, cu atât mai mult cu cât cerința privind experiența similară fusese deja atacată de aceasta, fără a solicita modificarea termenului de 3 ani, iar instanța nu a impus acest lucru.

Din contră, raportat la prevederile legale limitative și în lipsa oricăror prevederi din fișa de date, ar fi trebuit să ceară cel puțin clarificări, pentru a se asigura că poate prezenta drept experiență similară un contract ce depășește limita maximă permisă de lege, în lipsa acestor clarificări, și-a asumat practic riscul de a fi exclusă din procedură.

Prin urmare, analiza CNSA privind contractele invocate de drept experiență similară se impune a fi re-analizată în sensul constatării faptului că niciunul din contractele prezentate nu îndeplinește rigorile din Fișa de date și lege.

Pentru toate aceste considerente, a solicitat admiterea plângerii formulate și modificarea în parte a Decizia CNSC, respectiv în partea ce vizează motivele de excludere incidente în cazul ofertantului, precum și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința admiterii capetelor de cerere din Contestația să ce au vizat obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei și din această perspectivă.

În drept, prevederile art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și pe orice alte prevederi legale invocate în prezenta plângere sau relevante în speță.

Probe: înscrisuri (inclusiv cele aflate la dosarul achiziției, precum și cele atașate prezentei Plângeri).

### **Împotriva aceleiași decizii, a formulat plângere și intervenienta**

....., în temeiul art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2006 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică („Legea 101/2016”), solicitând să se dispună:

> modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul anulării măsurilor stabilite de aceasta având ca obiect:

- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă d ..... entru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și a actelor subsecvente părții anulate,

- obligarea Autorității contractante de reevaluare a ofertei Petentei menționate anterior, cu consecința respingerii contestației ..... în integralitate,

> menținerea Deciziei CNSC în ceea ce privește respingerea celorlalte capete de cerere din contestația Intimatei .....

> obligarea Intimatei ..... la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri, pentru motivele dezvoltate în continuare.

Succintă prezentare a situației de fapt

Prin Anunțul de participare nr. .... 30 din data de 07.07.2020,

..... a invitat operatorii economici să prezinte oferte în vederea participării la procedura de atribuire având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea cca. 18m destinate transportului public de călători. Procedura a fost împărțită în 4 loturi:

..... valoarea estimată totală a achiziției, fără TVA, fiind de ..... i. (Anexa nr. 1)

Petenta a depus ofertă în procedura de atribuire. Potrivit Raportului Procedurii publicat de autoritatea contractantă, aceasta s-a clasat pe locul I, fiind declarată câștigătoare.

Prin contestația formulată, Intimata PESA a solicitat în mod neîntemeiat respingerea ofertei Bozankaya ca inadmisibilă și excluderea acesteia din procedură, invocând (printre altele) următoarele motive:

a. greșita evaluare a conformității în ceea ce privește lista materialelor periculoase, și

b. greșita evaluare a conformității în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul defectelor.

Prin contestația formulată PESA formulează critici generice, fără valoare probantă utilizând informații care nu au fost verificate și validate de autorități publice precum și raționamente pentru care nu a adus nicio probă în justificarea acestora.

Prin Decizia nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, CNSC a admis parțial contestația PESA, reținând cu privire la oferta subscrisei, în esență, următoarele:

> Petenta nu ar fi prezentat, în cadrul propunerii tehnice, lista tuturor materialelor periculoase întrebuițate la producția tramvaielor, precum și că este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile, iar autoritatea contractantă și-a interpretat eronat propriile cerințe. Prin urmare, CNSC a determinat că autoritatea contractantă a acționat în evaluarea ofertei depuse de Petenta cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire;

> în contextul în care Petenta nu ar fi prezentat nomenclatorul de defecte în forma solicitată prin propunerea tehnică și pentru că ar fi arătat la clarificările solicitate că îl va prezenta odată cu furnizarea primului tramvai, se pune întrebarea cum a demonstrat Petenta îndeplinirea cerinței aflate în discuție, fapt ce duce la concluzia încălcării de către autoritatea contractantă a atribuției legale de verificare.

Decizia CNSC este nelegală și netemeinică, fiind dată cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Decizia CNSC de constatare a nelegalității deciziei de atribuire este nelegală ca urmare a încălcării principiului legalității, a principiului imparțialității, a obligației de

motivare a deciziei, precum și ca urmare a încălcării obligației de a preciza limitele reevaluării dispuse

Potrivit art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor:

„procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale.”

Potrivit art. 26 alin. (11) din Legea nr. 101/2016:

„Consiliul are obligația de a motiva în mod clar, fără echivoc, deciziile/incheierile adoptate.”

Potrivit art. 27 alin. (5) din Legea nr. 101/2016:

„Hotărârea Consiliului cuprinde: (...) b) considerentele, în care se arată obiectul contestației și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de Consiliu pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.”

Consiliul a încălcat atât dispozițiile legale anterior menționate, cât și jurisprudența CEDO care statuează în mod constant că dreptul la un proces echitabil nu poate fi exercitat efectiv decât în situația în care instanța procedează la „un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța.”

Art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și jurisprudența constantă a CEDO care împreună formează blocul de convenționalitate, aplicabil direct în dreptul intern, ca urmare a ratificării Convenției Europene a Drepturilor Omului prin Legea nr. 30/1994, au stabilit că dreptul la un proces echitabil presupune în mod necesar și obligatoriu analizarea tuturor apărărilor formulate de părți. Jurisprudența CEDO este constantă în sensul că aplicarea „Convenției europene a drepturilor omului nu vizează garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci a drepturilor concrete și efective, dreptul la un proces echitabil nu poate fi considerat efectiv decât dacă cererile părților sunt într-adevăr „audiate”, examinate legal de tribunalul sesizat.”

I. A. Nelegalitatea deciziei CNSC privind capătul de cerere referitor la „lista materialelor periculoase”

Referitor la decizia CNSC de admitere a contestației PESA și de anulare a raportului procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale pentru fiecare dintre cele 4 loturi, consideră că aceasta este nelegală, fiind adoptată de CNSC cu încălcarea principiului legalității, în absența unei motivări clare și lipsite de echivoc.

În ceea ce privește capătul de cerere din contestație ce are ca obiect „lista materialelor periculoase”, așa cum este acesta analizat la pag. 35 (paragraf 7) - pag. 38 (paragraf 4) din Decizia CNSC, rezultă din lecturarea textului deciziei că nicăieri în cuprinsul acesteia, dincolo de inventarierea stării de fapt, CNSC nu a precizat care este motivarea clară și lipsită de echivoc a concluziei finale „nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de Bozankaya este finalizată (...)”.

În concret, în niciunul dintre paragrafele care se referă la acest capăt de cerere, CNSC nu precizează motivarea în drept, respectiv referința la cadrul normativ aplicabil pretins încălcat de către Autoritatea contractantă/comisia de evaluare. În tot cuprinsul argumentației CNSC la acest capăt de cerere nu există nicio referință normativă și nu este precizat nicăieri în mod clar și neechivoc ce act material al comisiei/autorității este considerat de către CNSC a fi o încălcare a unei obligații impuse de lege, nu este referențiată prin trimitere în concret la un text normativ nicio obligație încălcată și, pe cale de consecință, nu există nicio argumentație juridică concretă, în raport de un temei legal explicit, prin care să se motiveze decizia de anulare a raportului procedurii pentru motive privind cerința legată de „lista materialelor periculoase”.

Mai mult, însăși afirmația CNSC cu valoare de principiu care pare că stă la baza întregului raționament al acesteia, și anume că „este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile, coroborat cu interpretarea eronată pe care autoritatea contractantă o face asupra cerințelor pe care ea însăși le-a stabilit (...)” reprezintă o modalitate nelegală de administrare a probatorului, prin încălcarea gravă a dreptului la apărare a Subscrisei, în raport cu prevederile art. 249 Sarcina probei din Codul de Procedură Civilă (coroborat cu prevederile art. 68 din Legea nr.101/2016) ce stabilesc că „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Fapta CNSC de a-și întemeia raționamentul exclusiv pe însușirea afirmației neprobate în niciun fel a contestatorului (Intimatul PESA), precum că „e greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase”, fără o analiza obiectivă a cerințelor caietului de sarcini, reprezintă o încălcare atât a dispozițiilor legale privind administrarea probelor, cât și o încălcare a principiului imparțialității și a dreptului la un proces echitabil.

Cadrul normativ privind modalitatea specifică de probare de către un ofertant a modului în care oferta să îndeplinește cerințele solicitate prin caietul de sarcini este stabilit de ANEXA nr. 1: Documentația standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, la Ordinul ANAP nr. 1017 din 20 februarie 2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat, care precizează în cadrul Secțiunii II "Instrucțiuni pentru candidați/ofertanți", pct. 3. " lit. (A):

„Propunerea tehnică se va prezenta la rubrica special prevăzută în S.E.A.P. în acest sens, respectiv "Documente de calificare și propunere tehnică" și va include:

1) Formularul de Propunere Tehnică (conform formularului pus la dispoziție de Autoritatea/entitatea contractantă) incluzând toate informațiile solicitate;

2) Documentele tehnice care nu conțin informații legate de preturi. Ofertanții vor întocmi propunerea tehnică într-o manieră organizată, astfel încât aceasta să asigure posibilitatea verificării în mod facil a corespondenței cu cerințele/specificațiile prevăzute în cadrul prezentei secțiuni, respectiv cu cele prevăzute în cadrul Caietului de sarcini și a documentelor anexate la acesta, care fac parte integrantă din documentația de atribuire.”

Petenta a depus, ca parte a ofertei tehnice, Formularul de Propunere Tehnică completat în mod corespunzător, inclusiv prin raportare la cerința din caietul de sarcini privind materialele periculoase, lucru constat de CNSC în Decizie, prin formularea de la pag. 36 par. 5 și urm.:

„Modul de redactare a formularului de propunere tehnică este respectat de Bozankaya care, aferent cerinței: fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor (...) în propunerea sa tehnică a precizat: cerințele sunt înțelese și asumate. Materialele nu se încadrează la categoria materialelor periculoase cf. definiției date de

Cu toate acestea, deși înainte ca aceasta să respecte legislația în ceea ce privește modalitatea de completare a formularului de propunere tehnică referitor la cerința privind lista materialelor periculoase, CNSC în mod paradoxal consideră, în mod nelegal și cu ignorarea probei contrare (rezultată din declarația sa din formular) că aceasta ar nega necesitatea depunerii listei solicitate explicit prin caietul de sarcini „prin invocarea reglementărilor UNIFE”, demers ce nu poate fi în niciun caz considerat un „examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și elementelor de probă ale părților”, așa cum impune jurisprudența CEDO pentru asigurarea unui proces echitabil.

Petenta nu doar că și-a îndeplinit în mod corespunzător, încă de la momentul depunerii propunerii tehnice, obligația de a respecta cerința privind materialele periculoase, dar, prin răspunsul la clarificări a reiterat acest lucru în mod neechivoc:

„După cum am declarat și confirmat în propunerea tehnică (pag. 11, 16-17) și declarațiile D18 (pag 17) și D13 (pag 12), la proiectarea și producția tramvaielor oferite nu

se folosesc materiale din categoria celor periculoase conform clasificării UNIFE (Asociația Industriei Feroviare Europene) și reglementarilor în vigoare, materialele utilizate îndeplinind condițiile de protecție împotriva incendiilor, cerințele de protecție a mediului și a sănătății persoanelor, conform reglementarilor în vigoare.

(...) După cum am confirmat în propunerea tehnică și declarația D18 (pagina 17), materialele (i.e grunduri, vopsele, vaselină etc.) utilizate în producția tramvaiului oferit nu conțin substanțe din categoria materialelor periculoase conform definiției date de UNIFE (...)."

A menționat că nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu se regăsește o definiție a „materialelor periculoase”, nici funcțională nici prin referire la vreun act anume, legislația românească în vigoare în prezent nu conține nici ea o definiție a respectivului termen și, contrar susținerii absolut nefondate a CNSC, nu există nici standarde europene care să definească „materialele periculoase”.

În acest sens, în aplicarea prevederilor art. 1 Cod civil privind admisibilitatea uzanțelor comerciale ca mijloc de probă, petenta a indicat, pentru claritate și detaliere (nicidecum ca un mijloc de a se sustrage asumării îndeplinirii cerinței, așa cum tendențios consideră CNSC) o referință la un act întocmit, publicat și actualizat de către UNIFE - asociația profesională care are ca membri majoritatea operatorilor economici consacrați din sectorul feroviar european, deoarece scopul publicării de către UNIFE este tocmai crearea unei referințe publice (disponibile gratuit pe Internet oricărei persoane interesate) privind materialele/substanțele periculoase, general acceptate de către participanții la piața europeană de echipamente feroviare.

Actul CNSC de a ignora nejustificat forța probantă a declarației să din oferta tehnică și de a considera niște simple detalieri din răspunsul la clarificări drept o „negare a necesității depunerii listei” este nelegal și discriminatoriu, punându-o în poziția de a fi constrânsă a face o adevărată „probatio diabólica”, datorită neacceptării probării acestui aspect prin declarația pe propria răspundere din ofertă și, din contră, clamând o pretinsă certitudine dincolo de necesitatea vreunei probe a concluziei "este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile."

#### I. B. Nelegalitatea deciziei CNSC privind capătul de cerere referitor la „afișarea defectelor și nomenclatorului de defecte”

Referitor la decizia CNSC de admitere a contestației și de anulare a raportului procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale pentru fiecare dintre cele 4 loturi, considerăm că aceasta este nelegală, fiind adoptată de CNSC cu încălcarea principiului legalității, în absența unei motivări clare și lipsite de echivoc și cu încălcarea condițiilor de formă prevăzute de lege.

În ceea ce privește capătul de cerere din contestație ce are ca obiect „afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte”, așa cum este acesta analizat la pag. 38 (paragraf 5) - pag.41 (paragraf 2) din Decizia CNSC, rezultă din lecturarea textului deciziei că nicăieri în cuprinsul acesteia, dincolo de inventarierea stării de fapt, CNSC nu a precizat care este motivarea clară și lipsită de echivoc a afirmației finale „stabilind că evaluarea ofertei Bozankaya nu este una legală (...)”.

În concret, în niciunul dintre paragrafele care se referă la acest capăt de cerere, CNSC nu precizează motivarea în drept, respectiv referința la cadrul normativ aplicabil pretins încălcat de către Autoritatea contractantă/comisia de evaluare. În tot cuprinsul argumentației CNSC la acest capăt de cerere există o singură referință normativă (la art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 privind solicitarea de clarificări) dar nu este precizat nicăieri în mod clar și neechivoc ce act material al comisiei/autorității este considerat de către CNSC a fi o încălcare a unei obligații impuse de lege, nu este referențiată prin trimitere în concret la un text normativ nicio obligație încălcată și, pe cale de consecință, nu există nicio argumentație juridică concretă, în raport de un temei legal explicit, prin care să se motiveze decizia de anulare a raportului procedurii pentru motive privind „afișarea defectelor și nomenclatorului de defecte”.

Mai mult, însăși afirmația CNSC cu valoare de principiu care pare că stă la baza întregului raționament al acesteia, și anume că nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică” reprezintă o modalitate nelegală de eliminare/ignorare a probatorului administrat, prin încălcarea gravă a dreptului său la apărare, deoarece „Nomenclatorul de defecte” a fost prezentat de aceasta în cadrul Ofertei tehnice, așa cum se poate observa la pag. 307-308 din anexa la Propunerea sa tehnică în cadrul procedurii.

Nu doar că CNSC nu aduce niciun fel de motivare (în fapt ori în drept) în sprijinul tezei sale că Nomenclatorul de defecte inclus de aceasta în cadrul ofertei nu ar fi în forma solicitată, ci mai mult se comportă de parcă acesta nu ar exista deloc, demers ce nu poate fi în niciun caz considerat un „examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și elementelor de probă ale părților”, așa cum impune jurisprudența CEDO pentru asigurarea unui proces echitabil. CNSC își bazează raționamentul exclusiv pe scoaterea din context a uneia dintre afirmațiile din răspunsul la clarificări, fără a avea în vedere trimiterea exactă la documentul probatoriu depus de Subscrisa ("Enclosure 17") ce conține Nomenclatorul de defecte, atașat în anexa la oferta tehnică, document pentru care autoritatea contractanta a solicitat o clarificare și în baza căruia a considerat cerința din caietul de sarcini îndeplinită.

Mai mult, potrivit art. 26 alin. (101) din Legea nr. 101/2016, „în situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.”

Din lecturarea textului paragrafului concluziv din Decizia CNSC, rezultă că acesta, admitând critica contestatorului considerând că evaluarea ofertei nu este una legală, a dispus exclusiv: „autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată cu luarea în considerare a răspunsului transmis de Pentru considerentele enunțate (...) Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând a fi obligată să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei”.

Or, formularea citată anterior din Decizia CNSC nu este în măsură să îndeplinească în mod corespunzător tripla condiție stabilită de art. 26 alin. (101) din Legea nr. 101/2016, neexistând în cuprinsul acesteia precizarea clară și precisă a limitelor reevaluării nici în ceea ce privește etapa/etapele procedurii vizată/vizate de reevaluare și nici măsurile concrete ce ar trebui adoptate de autoritatea contractantă în cadrul reevaluării. Este evident că în absența acestor elemente, demersul de reevaluare urmează să conducă la același rezultat ca și prima dată, pentru aceleași argumente invocate deja de reprezentanții autorității contractante în rapoarte și în cadrul apărărilor depuse la CNSC.

## II. Soluția CNSC este netemeinică

II.A. Cerința privind materialele periculoase este respectată de către Bozankaya

În cadrul cap. "6 Condiții tehnice de calitate" din cadrul caietului de sarcini, secțiunea "6.2 Materiale" cuprinde o serie de cerințe definiții privind caracteristicile și condițiile de conformare de către materialele utilizate la producerea tramvaielor la reglementările în vigoare, cum ar fi: comportarea la flacără/foc, lipsa componentelor interzise, caracteristicile referitoare la curățare ori antivandalism, neafectarea sănătății personalului ori călătorilor, reciclarea.

În acest context general referitor la cerințele expres menționate mai sus în secțiunea specifică privind materialele, apare inclusă și cerința expresă:

„Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.”



Prin raportare la formularea sus-menționată din caietul de sarcini, preluată ca atare în formularul de ofertă tehnică, aceasta și-a asumat în mod explicit conformitatea cu aceasta, prin completarea corespunzătoare în cadrul tabelului din formular, în dreptul cerinței menționate anterior, a următoarei formulări:

"Cerințele sunt înțelese și asumate. Materialele nu se încadrează la categoria materiale periculoase cf. definiției date de UNIFE (Union of European Railway and Infrastructure Administrations). A se vedea: - D18\_Declaratie materiale periculoase la pag 17".

Așa cum a precizat anterior, a menționat că nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu se regăsește o definiție a „materialelor periculoase”, nici funcțională nici prin referire la vreun act anume, legislația românească în vigoare în prezent nu conține nici ea o definiție a respectivului termen și, contrar susținerii (neprobate) a CNSC, nu există nici standarde europene care să definească „materialele periculoase”.

În acest sens, în aplicarea prevederilor art. 1 Cod civil privind admisibilitatea uzanțelor comerciale ca mijloc de probă, petenta și-a însoțit declarație referitoare la „materialele periculoase”, pentru claritate și detaliere (nicidecum ca un mijloc de a se sustrage asumării îndeplinirii cerinței, așa cum tendențios consideră CNSC) o referință la un act întocmit, publicat și actualizat de către UNIFE - asociația profesională care are ca membri majoritatea operatorilor economici din sectorul feroviar european, deoarece scopul publicării de către UNIFE este tocmai crearea unei referințe publice (disponibile gratuit pe Internet oricărei persoane interesate) privind materialele periculoase, general acceptate de către participanții la piața europeană de echipamente feroviare.

În ceea ce privește alegerea UNIFE ca sursă a referinței, alegerea aceasta s-a făcut cu observarea următoarelor considerente:

a. REGULAMENTUL (UE) 2016/796 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 11 mai 2016 privind Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 881/2004 a stabilit în cadrul art. 38 Cooperarea dintre autoritățile naționale de siguranță, organismele de investigare și organismele reprezentative, alin. 4 :

" (4) Agenția poate crea o rețea de organisme reprezentative din sectorul feroviar care acționează la nivelul Uniunii. Lista acestor organisme este definită de către Comisie. Agenția poate asigura un secretariat acestei rețele. Rețelei îi revin, în special, următoarele atribuții:

(a) schimbul de informații legate de siguranța feroviară și de interoperabilitate;

(b) promovarea bunelor practici și diseminarea cunoștințelor relevante;

(c) furnizarea de date cu privire la siguranța feroviară și interoperabilitate către agenție."

b. în aplicarea Regulamentului menționat, Comisia Europeană a adoptat Decizia nr. C(2020) 2140 din 16.4.2020 de stabilire a listei organismelor reprezentative din sectorul feroviar acționând la nivelul Uniunii. Printre organismele reprezentative din sectorul feroviar desemnate de către Comisie se află și

- Asociația Industriilor Feroviare Europene, denumire prescurtată UNIFE (așa cum se poate constata pe site-ul web oficial al Agenției Feroviare Europene - ERA, la adresa web <https://www.era.europa.eu/agency/stakeholder-relations/representative-bodies> en), asociație a cărei site web se află la adresa [www.unife.org](http://www.unife.org).

c. UNIFE, și ca urmare a desemnării sale ca și organism reprezentativ în sensul Regulamentului (UE) 2016/796, întocmește, publică gratuit pe propriul site și actualizează permanent "Rail Industry Substance List - RISL" (Lista Substanțelor din Industria Feroviară), care reprezintă (vezi detaliile precizate de UNIFE la adresa web <https://www.unife.org/activities/environment-and-sustainability/rail-industry-substance-list/>):

"o listă comprehensivă și completă a chimicalelor interzise și declarabile utilizate în mod specific de către industria feroviară. Obiectivul cuprinzător al acestei baze de date este furnizarea de informații către furnizori și subfurnizori în legătură cu materialele și substanțele ce sunt interzise de legislația europeană și internațională. Lista definește și împarte pe categorii substanțele și în plus precizează unde trebuie avute în vedere restricții specifice. Inițiată la început ca rezultat al adoptării Regulamentului European REACH nr. EC

1907/2006, care a intrat în vigoare la 01.06.2007, lista va permite utilizatorilor să se conformeze dispozițiilor legale ale Regulamentului aplicabile producătorilor, utilizatorilor din aval și importatorilor de substanțe.”

d. Punerea la dispoziția publicului, în scop de informare și referințiere, de către UNIFE a Listei Substanțelor din Industria Feroviară, organism responsabil în sectorul feroviar desemnat de Comisia Europeană, este o activitate care a dobândit valoare de uzanță comercială pentru industria feroviară europeană.

Prin solicitarea de clarificări către aceasta, înregistrată sub nr. 39667 din 30.03.2021, autoritatea contractantă a indicat:

„Va rugam să ne indicați unde în cadrul propunerii tehnice depuse se regăsește lista tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, și detalierea informațiilor cu privire la denumirea substanței periculoase (gründuri, vopseturi, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.”

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări menționată, petenta a precizat:

”După cum am declarat și confirmat în propunerea tehnica (pag. 11, 16-17) și declarațiile D18 (pag 17) și D13 (pag 12), la proiectarea și producția tramvaielor oferite nu se folosesc materiale din categoria celor periculoase conform clasificării UNIFE (Asociația Industriei Feroviare Europene) și reglementarilor în vigoare, materialele utilizate îndeplinind condițiile de protecție împotriva incendiilor, cerințele de protecție a mediului și a sănătății persoanelor, conform reglementarilor în vigoare.

are implementate standardele ISO 14001:2015 și 45001:2018 pentru proiectare și fabricare vehicule de transport urban (pe sine și ruliere) - menționat în fișa DUAE.

După cum a confirmat în propunerea tehnică depusa și declarația D18 (pagina 17), materialele (i.e grunduri, vopsele, vaselină etc.) utilizate în producția tramvaiului oferit nu conțin substanțe din categoria materialelor periculoase conform definiției date de UNIFE și de asemenea, reconfirmăm urmărirea constantă a modificărilor legislative și a listei de materiale periculoase în versiunile actualizate ale „Listei substanțelor din industria feroviară” publicată de UNIFE\*link: <https://unife.org/banners/80-download-substance-list.html> UNIFE, Asociația Industriei Feroviare Europene, gestionează baza de date privind substanțele din „Lista substanțelor din industria feroviară” (care este actualizată în mod regulat, de cel puțin de două ori pe an) pentru a asigura producătorilor și furnizorilor informații despre materialele și substanțele care sunt interzise de legislația europeană și internațională. Această listă îi ajută pe utilizatori să respecte prevederile legale ale regulamentelor EU pentru producătorii, utilizatorii din aval și importatorii de substanțe. Reconfirmăm că, în ceea ce privește comportarea, depozitarea și reciclarea substanțelor chimice și a pieselor nemetalice utilizate în tramvaie, vor fi furnizate buletine de testare, inclusiv fișe tehnice de securitate a materialelor (MSDS) emise de către laboratoarele autorizate în UE, după cum se specifică în declarațiile D18 (pagina 17).

Reconfirmăm, de asemenea că materialele utilizate respectă condițiilor de protecție împotriva incendiilor, cerințelor de protecție a mediului și a sănătății persoanelor, conform reglementarilor în vigoare.”

Așa cum se poate lesne observa din redactarea răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta nu a încercat nici să modifice ceea ce declarase deja în formularul de ofertă tehnică, nici să invalideze sensul celor declarate prin limitarea sau restricționarea ce ar fi putut fi generate de referințierea la documentul UNIFE. Principalul scop al răspunsului a fost în mod clar și neechivoc întărirea declarației inițiale prin explicitarea detaliată a referinței la documentul UNIFE, cu indicarea în mod concret a caracteristicilor acestuia (inclusiv prin precizarea sursei publice unde poate fi accesat documentul și a scopului pentru care acesta a fost publicat și actualizat permanent de către inițiator).

În raport cu acest răspuns, autoritatea contractantă a arătat că a înțeles, așa cum intenționase și petenta, detaliile și precizările aduse, le-a considerat concludente și lămuritoare

și a consemnat în acest sens, prin raportul comisiei de evaluare, conformitatea modului în care oferta respectă cerința din caietul de sarcini referitoare la "materialele periculoase".

Analizând toate aceste lucruri, CNSC face o serie de constatări:

a. Pe de o parte, luând act de modul de redactare a ofertei sale, CNSC afirmă că:

Modul de redactare a formularului de propunere tehnică este respectat de care, aferent cerinței:

Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuițat la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare, în propunerea sa tehnică a precizat:

Cerințele sunt înțelese și asumate

Materialele nu se încadrează la categoria materiale periculoase cf. definiție date de UNIFE (

A se vedea:

- D18 - Declarație materiale periculoase la pag. 17.

b. Pe de altă parte, analizând răspunsul său la solicitarea de clarificări, CNSC consideră în mod netemeinic, fără a aduce în sprijinul concluziei niciun fel de motivare sau argumentație:

Practic, ofertantul neagă necesitatea depunerii listei solicitate explicit prin caietul de sarcini prin invocarea reglementărilor UNIFE.

Având în vedere că nicăieri în caietul de sarcini sau în alt document al achiziției, autoritatea contractantă nu a solicitat ca lista în discuție să fie întocmită prin raportare la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE, dar și că este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile, coroborat cu interpretarea eronată pe care autoritatea contractant o face asupra cerințelor pe care ea însăși le-a stabilit prin caietul de sarcini pct. 6.2 - Materiale, aspect ce răzbate din punctul de vedere referitor la contestație, Consiliul determină că aceasta a acționat în evaluarea ofertei depusă de ..... cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire.

Prin urmare, nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de ..... A este finalizată, astfel încât Consiliul va admite critica contestatorului și va obliga autoritatea contractantă la analiza modului în care oferta în discuție îndeplinește prevederea caietului de sarcini de la pct. 6.2 din caietul de sarcini, referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuițate la producția tramvaielor.

Decizia CNSC, așa cum este ea detaliată conform formulărilor anterior citate, este netemeinică, pentru următoarele motive:

i. Petenta nu a negat, nici prin oferta depusă, nici prin răspunsul la solicitarea de clarificări, necesitatea depunerii listei solicitate explicit prin caietul de sarcini, dimpotrivă, s-a conformat cerinței răspunzând în mod clar și neechivoc la aceasta.

ii. Faptul că autoritatea contractantă nu a solicitat nicăieri ca lista să fie întocmită prin raportare la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE, cum afirmă CNSC, este corect, dar în niciun caz nu poate constitui o probă a neconformității acestei modalități de răspuns pentru că, pe de o parte, autoritatea nici nu a indicat vreo altă formă de definire a termenului "materiale periculoase" (neexistând o astfel de definiție nici în legislația românească nici în vreun standard european, cum greșit pretinde CNSC), prin urmare lăsând la latitudinea ofertanților modalitatea de referențiere/justificare a modalității de conformare, petenta alegând să facă trimitere la o uzanță comercială stabilită la nivelul european prin actul unui organism responsabil în sectorul feroviar recunoscut ca atare de Comisia Europeană.

iii. Afirmatia CNSC "că este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile" este netemeinică cel puțin prin faptul că nu există niciun standard european care să reglementeze (fie și la nivel

conceptual) acest lucru, este o achiesare neimparțială și nejustificată la o alegație neprobată a contestatarului PESA și nu reprezintă rezultatul niciunei forme de analize tehnice care să permită fundamentarea acesteia.

iv. Calificarea CNSC a apărărilor autorității contractante pe acest subiect drept o „interpretare eronată pe care autoritatea contractantă o face asupra cerințelor pe care ea însăși le-a stabilit prin caietul de sarcini” (CNSC nu precizează nici natura erorii, nici care ar fi interpretarea corectă, nici argumentația care să susțină acest lucru), concluzionând imediat și sec “Consiliul determină că aceasta a acționat în evaluarea ofertei depusă de \_\_\_\_\_ cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire” este doar un exemplu de logică circulară, în care două concluzii fără nicio fundamentare se sprijină una pe alta (autoritatea interpretează eronat, recte autoritatea a încălcat regulile argumentației).

v. O argumentație de tipul celei prezentate de CNSC privind cerința listei materialelor periculoase este în mod clar netemeinică, nestabilind nicio referire concretă la o acțiune pretins greșită, neevidențind nicio legătură de cauzalitate între pretinsa greșeală și concluzia declamată și fără referințe la obligații concrete încălcate, cu afirmații vagi la limita rizibilului gen nerespectarea de către autoritate (!) a regulilor documentației proprii.

II.B. Cerința privind nomenclatorul de defecte este respectată de către \_\_\_\_\_

În cadrul cap. “7 Caracteristici tehnice generale ale agregatelor, subansamblelor și ale componentelor” din cadrul caietului de sarcini, secțiunea “7.1 Caroseria” cuprinde o serie de cerințe privind construcția și caracteristicile fizice și funcționale ale caroseriei tramvaiului, inclusiv în ceea ce privește Postul de conducere, detaliat la pct. 7.1.7.

În acest context general referitor la caracteristicile Postului de conducere, apare inclusă și reglementarea caracteristicilor referitoare la Tabloul de bord care stabilește, printre alte cerințe:

„Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Oferantul va furniza nomenclatorul de defecte.”

Prin raportare la formularea sus-menționată din caietul de sarcini, preluată ca atare în formularul de ofertă tehnică, aceasta și-a asumat în mod explicit conformitatea cu aceasta, prin completarea corespunzătoare în cadrul tabelului din formular, în dreptul cerinței menționate anterior, a următoarei formulări:

„Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Se va furniza nomenclatorul de defecte.”

Pentru evitarea oricărui dubiu, a menționat că aceasta nu numai că și-a asumat în mod direct și neechivoc conformitatea cu cerința menționată, sub forma declarației în cadrul formularului ofertei tehnice, ci și a inclus, ca anexă distinctă în cadrul ofertei tehnice, a Nomenclatorului de defecte respectiv, în limba română, așa cum se poate constata la pag. 308 din Anexa la Propunerea Tehnică.

A menționat că nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu se regăsește nicio altă referință la modul de prezentare în faza de ofertare a Nomenclatorului de defecte, precum și nicio precizare suplimentară privind gradul de detaliu în care acesta trebuie prezentat, ori vreo cerință specială de formă/prezentare. Nomenclatura defecțiunilor, prezentat în cadrul “Endosure 17” din Anexa la Propunerea tehnică, a fost întocmit în conformitate cu prevederile standardului românesc (ce implementează standardul european) aplicabil, respectiv SR EN 50126-1, denumit “Aplicații feroviare - Specificarea și demonstrarea fiabilității, disponibilității, mentenabilității și siguranței (FDMS)”.

Prin solicitarea de clarificări către aceasta, înregistrată sub nr. 90634/28.07.2021, autoritatea contractantă a indicat:

“Va rugam să ne justificați cum considerați îndeplinita cerința „Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Oferantul va furniza nomenclatorul de defecte” deoarece în anexa Endosure 17 ro declarați faptul ca pentru fiecare clasă de eșec detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.”

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări menționată, petenta a precizat:

„În documentul Enclosure 17 din anexa tehnică, principalele tipuri de defecte sunt clasificate ca fiind de tip A, B și C, fiecărei clase de mesaj text afișat pe display-ul de la bord fiindu-i specifică o culoare pentru identificare vizuală rapidă.

Clasele A și B sunt aferente defectelor grave (tramvaiului nu îi este permisă deplasarea/pasagerii trebuie să coboare din tramvai/tramvaiului trebuie să fie adus la depou), care pot concura la siguranța circulației și pasagerilor, iar clasa C este aferentă defectelor curente (tramvaiului îi este permisă continuarea deplasării, fără a necesita întoarcerea la depou).

Computerul de bord cu afișaj digital multifuncțional (identificat în anexa tehnică HMI) - pag 125, 127, prin funcția de diagnosticare la bord OBD va afișa pe display parametrii de funcționare și va semnaliza defecțiunile apărute în timpul funcționării tramvaielor pentru toate sistemele monitorizate și va indica defecțiunile sistemelor de siguranță în trafic - a se vedea pag 125 din anexa tehnică (fotografie panou central - monitor CCTV split și display-ul HMI cu meniul aplicației multifuncționale).

Vatmanul este avertizat optic și acustic în cazul în care valorile parametrilor de funcționare nu sunt optime. (...)

(...) În anexa tehnică, defecțiunile sunt prezentate pe clase și tipuri de culori asociate mesajelor de tip text afișate la bord:

Defecțiunea de tip A este descrisă ca defecțiune majoră care necesită întreruperea operării și tractarea de urgență la depou (de ex. defecțiuni ale manetei de accelerație, ale sistemului de frânare, a învertorului, etc), iar avertismentul de la bord va fi sub formă de text de culoare roșie.

Defecțiunea de tip B este descrisă ca defecțiunea gravă (defecțiuni ale ușilor, instalației de nisipare, spargerea geamurilor cabinei vatmanului/compartimentului pasagerilor, instalației de semnalizare, a unităților de ventilație, defecțiuni ale sistemului de informații despre pasageri, etc) care necesită evacuarea pasagerilor la prima stație și reîntoarcerea la depou, iar avertismentul de la bord va fi sub formă de text de culoare galbenă.

Defecțiunea de tip C este descrisă ca defecțiune minoră (defecțiuni ale încălzitoarelor de podea, ale sistemului de afișaj Interior, încărcătoarelor USB etc) și avertismentul de la bord va fi sub formă de text verde.

Acestea sunt defecțiuni care nu afectează executarea la timp a unei călătorii programate, nu sunt clasificate ca defecțiuni majore și mari, dar necesită mentenanța corectivă la întoarcerea în depou.

În secțiunea specifică „Evenimente” a aplicației din HMI, pot fi accesate toate mesajele de eroare, listate pe coduri de culoare și data la care au survenit.

(...)

Software-ului computerului de bord are o interfață pentru utilizator ușor accesibilă, iar meniul va fi în limba română.

Nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate.

Am menționat în Enclosure 17, ca lista integrală cu mesajele textelor aferente defecțiunilor va fi implementată în sistem după aprobarea clientului, deoarece:

- meniul și mesajele text aferente codurilor de eroare vor fi în limba română (personalul tehnic desemnat al utilizatorului va aviza conținutul)

- interfața pentru vatman poate fi adaptată, dacă este cazul, la cerințele specifice ale utilizatorului (layout afișaj/număr de module afișate pe pagina, culoare afișaj sau text mesaje etc). Raportat la experiența noastră, tramvaiele livrate în contractele anterioare și curente au avut interfața ușor diferită, adaptată la cerințele și nevoile specifice (mod de afișaj complex/simplificat, mesaje de eroare cu text scurt sau mai complex, alte coduri de culoare decât cele standard etc) pentru a asigura personalului operativ al utilizatorului confortul optim în operarea zilnică a tramvaielor. ”

Așa cum se poate lesne observa din redactarea răspunsului la solicitarea de clarificări, pătenta nu a încercat nici să modifice ceea ce declarase deja în formularul de ofertă tehnică, nici să invalideze sensul celor declarate. Principalul scop al răspunsului a fost în mod clar și

neechivoc întărirea declarației inițiale prin explicitarea detaliată a modului de afișare pe tabloul de bord a mesajelor de avertizare referitoare la defecte.

În raport cu acest răspuns, autoritatea contractantă a arătat că a înțeles, așa cum intenționase și petenta, detaliile și precizările aduse, le-a considerat concludente și lămuritoare și a consemnat în acest sens, prin raportul comisiei de evaluare, conformitatea modului în care oferta respectă cerința din caietul de sarcini referitoare la "nomenclatorul de defecte".

Analizând toate aceste lucruri, CNSC face o serie de constatări:

a. Pe de o parte, luând act de modul de redactare a caietului de sarcini,

Observă Consiliul că, așa cum rezultă din conținutul cerinței caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca, pe tabloul de bord, defectele să fie afișate prin mesaj de tip text în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect, sens în care a solicitat prezentarea nomenclatorului de defecte.

b. Apoi, în ceea ce privește Nomenclatorul de defecte, CNSC afirmă că:

Momentul la care nomenclatorul de defecte trebuia prezentat autorității contractante stabilește Consiliul că este fără dubiu, anume în cadrul propunerii tehnice depusă la data limită de depunere a ofertelor, aspect necontestat de vreuna dintre părți.

c. Referindu-se la solicitarea de clarificări a autorității contractante,

CNSC face următoarea interpretare:

Chiar dacă întrebarea adresată nu este una explicită în sensul de a l se fi cerut ofertantului să precizeze unde se regăsește depus nomenclatorul în discuție în cadrul propunerii sale tehnice, din lecturarea ei rezultă că tocmai acest element a fost avut în vedere, în contextul afirmației ofertantului din propunerea tehnică conform căreia detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.

d. Ulterior, analizând răspunsul său la solicitarea de clarificări,

CNSC decretează că:

Și înțelegerea a fost aceasta, de vreme ce niciieri nu susține că cerința documentației de atribuire ar fi fost alta, ci că va depune nomenclatorul la momentul livrării primului tramvai, ceea ce denotă o condiționare a îndeplinirii cerinței caietului de sarcini de desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, ori sensul cerinței nu a fost acesta.

e. În final, CNSC trage următoarea concluzie:

Aceasta fiind Interpretarea cerinței în discuție, în contextul în care nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică și, mal mult, a arătat în răspunsul la clarificări că îl va prezenta odată cu furnizarea primului tramvai, adică după desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, se pune întrebarea cum a demonstrat îndeplinirea cerinței aflată în discuție.

Or, în speța de față, din lucrările membrilor comisiei de evaluare nu rezultă modalitatea în care, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a demonstrat îndeplinirea cerinței caietului de sarcini, fapt ce conduce spre concluzia încălcării, de către autoritatea contractantă, a atribuției legale de verificare expres prevăzută în sarcina sa.

Răspunsul ofertantului demonstrează tocmai contrariul celor concluzionate de autoritatea contractantă, adică neîndeplinirea cerinței, afirmația sa conform căreia va prezenta nomenclatorul în limba română abia la data livrării primului tramvai demonstrând cu prisosință aceasta.

Explicațiile ofertantului cu privire la clasele de defecte pe care autoritatea contractantă le-a preluat în punctul de vedere concluzionând îndeplinirea cerinței, nu prezintă nicio relevanță raportat la obligația de a verifica cerința caietului de sarcini de forma menționată, cerință față de care autoritatea contractantă era chemată să se asigure că ofertantul a prezentat nomenclatorul în discuție în propunerea tehnică, ceea ce nu s-a dovedit a fi fost prezentat nici urmare a solicitării de clarificări.

Decizia CNSC, așa cum este ea detaliată conform formulărilor anterior citate, este netemeinică, pentru următoarele motive:

i. Chiar dacă, având în vedere redactarea caietului de sarcini, cerința privind modalitatea de afișare a defectelor și cerința privind nomenclatorul de defecte ar putea sugera că ele se referă la un tot unitar, prin exprimarea lor în cadrul aceleiași fraze, totuși în realitate acest lucru nu este adevărat. Paragraful citat conține două concepte distincte, cu cerințe independente (chiar dacă tematic se referă ambele la categoria defectelor). Astfel, prima cerință privește modul de prezentare efectivă a defectelor pe Ecranul tabloului de bord, și anume prin afișarea fie în format text (în limba română) fie în format pictografic a defecțiunilor (acest lucru urmând să se întâmple în cursul operării normale, de zi cu zi, a tramvaiului, vatmanul fiind cel ce va urmări prezența semnalizării defecțiunilor, urmând a lua decizii în funcție de gravitatea acestora). Pe de altă parte, cerința referitoare la Nomenclatorul de defecte se referă la o obligație operațională, parte a procesului general de transfer a know-how-ului de operare a tramvaiului de la producător la beneficiar și privește transmiterea unui document al cărui conținut reprezintă a clasificare (componentă a obligației mai generale de asigurare a instruirii în operare a personalului ce va deservi tramvaiul).

ii. În absența unei definiții legale aplicabile, pentru lămurirea conținutului termenului de "nomenclator de defecte" urmează să facem apel la definiția conceptului de "nomenclator" din cadrul Dicționarului Explicativ al Limbii Române (ed. 2009, publicată de organul normativ al limbii române - Academia Română):

"NOMENCLATOR, nomenclatoare, s. n. - Listă, broșură, carte care cuprinde nomenclatura dintr-un anumit domeniu al științei, al tehnicii etc. sau enumerarea sortimentelor, produselor ori a grupurilor de produse, clasificate după un anumit criteriu."

iii. Așadar, forma și structura concretă a Nomenclaturii defecțiunilor, prezentată în cadrul ofertei sale tehnice, care conține lista claselor de defecțiune, clasificate după gradul de gravitate a acestora, se circumscrie definiției acceptate pentru conceptul de "nomenclator".

iv. Faptul că, în răspunsul la solicitarea de clarificări, petenta a precizat că "nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate" nu invalidează în niciun fel faptul că Nomenclatorul defecțiunilor a fost în mod corespunzător (și în limba română) prezentat efectiv în oferta tehnică.

v. Analiza CNSC care scoate fraza menționată din contextul general al răspunsului (așa cum l-am prezentat mai sus, cu detalieri numeroase privind corelarea dintre modurile de afișare a defectelor și modul de operare a tramvaiului de către vatman), ocultează realitatea simplă că aceasta și-a îndeplinit deja obligația de prezentare a Nomenclatorului încă de la momentul depunerii propunerii tehnice (pag. 34 din Propunerea sa tehnică și pag. 308 din anexa la Propunerea tehnică), vl. Din acest motiv, pentru că era evident pentru orice cititor de bună-credință a propunerii sale tehnice că aceasta conține Nomenclatorul defectelor solicitat prin Caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a mai cerut ofertantului să precizeze unde se regăsește nomenclatorul în cadrul propunerii sale tehnice, fapt dovedit de altfel și de acceptarea de către autoritatea contractantă a caracterului conform al ofertei sale. Repetă, Nomenclatorul s-a găsit de la început și se găsește în continuare la pag. 308 din Anexa la Propunerea Tehnică. vii. Nu poate să își da seama dacă confuzia persistentă a CNSC privind așa zisa lipsă a Nomenclatorului defectelor din oferta să se datorează faptului că CNSC a pierdut din vedere să verifice respectiva pag. 308 din Anexa la Oferta sa Tehnică, ori faptului că nu a înțeles care ar trebui să fie conținutul efectiv al unui astfel de nomenclator, dar în orice caz concluzia să, precum că "..... nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică", cu consecința neîndeplinirii de către aceasta a cerinței în discuție este nu doar total netemeinică dar și demonstrează caracterul superficial în care s-a fundamentat decizia CNSC în acest caz.

viii. A folosi explicațiile suplimentare din cadrul răspunsului său prin care s-a evidențiat posibilitatea de configurare detaliată a mesajelor în cooperare cu beneficiarul final al contractului (reamintim că MDLPA nu este beneficiarul achiziției, ci 4 unități administrativ teritoriale distincte urmează a beneficia de fiecare dintre cele 4 loturi de tramvaie ce formează obiectul achiziției) ca pe o așa-zisă probă a nedemonstrării de către aceasta a îndeplinirii cerinței nu poate fi o formă de analiză imparțială și bazată pe bună-credință, fiind cel puțin o



confuzie grosolană între cerința referitoare la nomenclator și cerința referitoare la modalitatea de afișare pe Ecranul tabloului de bord a mesajelor de avertizare privind defectele.

ix. În final, trebuie remarcat că toate referirile CNSC la preținse nerespectări ale cerințelor caietului de sarcini se circumscriu exclusiv sferei Nomenclatorului de defecte, despre care pretinde că nu ar fi prezentat la momentul ofertei, fără a se mai invoca orice alte neregularități privind alte aspecte legate de modalitatea de afișare a defectelor.

x. În concluzie, o astfel de argumentație, bazată pe ignorarea completă a existenței în cadrul ofertei tehnice însăși a actului pretins a lipsi, este în mod clar netemeinică.

Având în vedere toate aceste considerente, se pot face câteva considerații concluzive, după cum urmează:

Din analiza modului în care CNSC și-a construit raționamentul de anulare parțială a raportului procedurii de atribuire, în considerarea unei preținse încălcări de către autoritatea contractantă a obligațiilor sale privind analiza conformității sale, se deduce că, practic, toată aprecierea CNSC are la bază doar două chestiuni:

a. Oferta să ar fi trebuit să fie declarată de autoritate ca neconformă pentru că CNSC nu consideră că prezentarea unei declarații asumate clare și neechivoce, conform cerințelor formularului de ofertă tehnică, ar fi o probă corespunzătoare, respectiv,

b. Oferta să ar fi trebuit să fie declarată de autoritate ca neconformă pentru că deși aceasta a prezentat ca parte a ofertei, conform cerințele caietului de sarcini, un document denumit Nomenclatura defectărilor (al cărui conținut, deși nedetaliat ca cerință specifică în documentație, este corespunzător prevederilor unui standard în vigoare), totuși CNSC omite (sau refuză) să ia în continuare existența acestuia, considerând că acesta nu există.

Ambele observații ale CNSC conduc la concluzia că autoritatea contractantă, după raționamentul CNSC, ar fi trebuit să-i solicite să îndeplinească niște condiții suplimentare caietului de sarcini pentru a-și proba conformitatea, caz evident supus contestării pe considerente de nelegalitate a unei astfel de abordări. În fapt, evident, autoritatea contractantă nedând curs unui astfel de demers.

Ori, autoritatea contractantă, care este singura competentă să facă considerații de natură tehnică referitoare la modalitatea concretă de respectare de către o ofertă a unor cerințe tehnice de detaliu, prin solicitările de clarificări și asumarea unei decizii bazate pe analiza acestora (având ca rezultat stabilirea gradului de conformitate a ofertelor) și-a îndeplinit în mod corespunzător obligațiile stabilite prin dispozițiile art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE:

„În cazul în care informațiile sau documentele care trebuie depuse de către operatorii economici sunt sau par a fi incomplete sau eronate, sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritățile contractante pot, cu excepția unor dispoziții contrare din dreptul intern de punere în aplicare a prezentei directive, să solicite operatorilor economici în cauză să prezinte, să suplimenteze, să clarifice sau să completeze informațiile sau documentele relevante într-un termen adecvat, cu condiția ca astfel de solicitări să fie realizate respectând pe deplin principiile egalității de tratament și transparenței”.

Este important de observat că actualele dispoziții legale privind modalitatea în care se pot solicita clarificări de către organizatorul procedurii de atribuire se raportează la Includerea în directivele europene privind achizițiile publice a posibilității de exercitare din partea autorității/entității contractante a unui rol proactiv în legătură cu clarificarea situațiilor probate prin documente puse la dispoziție de ofertanți, concluzie ce poate fi pusă în legătură cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție privind incidența principiului bunei administrări în achizițiile publice, corelată cu necesitatea ca la încheierea contractelor de achiziție publică autoritatea contractantă să urmărească considerentele economice și să asigure dezideratul "best value for money".

Tot Curtea de Justiție a subliniat constant că este necesar ca, în desemnarea ofertei câștigătoare, să primeze criteriile economice: „coordonarea la nivel comunitar a procedurilor de atribuire a contractelor publice de lucrări este în mod esențial destinată [...] să evite [...] posibilitatea ca un organism de drept public să poată alege să fie ghidat de alte considerații decât cele economice [vezi în acest sens cauzele C-380/98 University of Cambridge [2000]

ECR 1-8035, par. (16) și (17); C-237/99 Comisia împotriva Franței [2001] ECR I-939, par. (41) și (42)]\

Dacă ar fi să fie primite ca și legale și temeinice, considerentele CNSC ar avea ca rezultat direct consecința eliminării din procedura de atribuire a ofertei celei mai bune din punct de vedere tehnico-economic, pentru motive nefundamentate nici în fapt nici în drept, determinând eșecul procedurii de a avea ca rezultat ceea ce jurisprudența europeană pretinde a fi cel mai bun rezultat economic pentru autoritatea publică.

În concluzie, față de toate argumentațiile sus-menționate, a solicitat admiterea plângerii, modificarea în parte a Deciziei atacate ca fiind nelegală și netemeinică și, pe cale de consecință, să se dispună:

> modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul anulării măsurilor stabilite de aceasta având ca obiect:

- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de Petenta \_\_\_\_\_ pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și a actelor subsecvente părții anulate,

- obligarea Autorității contractante de reevaluare a ofertei Petentei menționate anterior, cu consecința respingerii contestației Intimate \_\_\_\_\_ în integralitate,

> menținerea Deciziei CNSC în ceea ce privește respingerea celorlalte capete de cerere din contestația Intimate \_\_\_\_\_

> obligarea Intimatei \_\_\_\_\_ la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.

În drept: art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții invocate în prezenta Plângere.

Probe: Dosarul achiziției, documentele ofertei, solicitările de clarificări și răspunsurile la clarificări, actele din dosarul contestației la CNSC, precum și înscrisurile anexate prezentei, respectiv \_\_\_\_\_

A.Ș., în temeiul art. 31 și urm. din Legea nr. 101/2006 privind remediile și cale de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică („Legea 101/2016”), în termen legal, a formulat prezenta **întâmpinare** la plângerea reclamantei împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare al Contestațiilor nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 (denumită, în continuare, „Decizia atacată” sau „Decizia CNSC”), solicitând să se dispună:

> menținerea Deciziei CNSC în ceea ce privește respingerea capetelor de cerere din contestația intimă PESA privind:

- motivele de excludere incidente în cazul ofertantului \_\_\_\_\_

- experiența similară invocată de \_\_\_\_\_ cu consecința respingerii plângerii reclamantei \_\_\_\_\_ în integralitate,

> obligarea Intimatei \_\_\_\_\_ la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri, pentru motivele dezvoltate în continuare.

Succintă prezentare a situației de fapt

Prin Anunțul de participare nr. \_\_\_\_\_ din data de 07.07.2020, \_\_\_\_\_ îl \_\_\_\_\_ a invitat operatorii economici să prezinte oferte în vederea participării la procedura de atribuire având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea cea. 18m destinate transportului public de călători. Procedura a fost împărțită în 4 loturi: Lot 1 - \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ ști, valoarea estimată totală a achiziției, fără TVA, fiind de \_\_\_\_\_

a depus ofertă în procedura de atribuire. Potrivit Raportului Procedurii publicat de autoritatea contractantă, clasându-se pe locul I, fiind declarată câștigătoare.

Prin contestația formulată, intimata \_\_\_\_\_ a solicitat în mod neîntemeiat respingerea ofertei Bozankaya ca inadmisibilă și excluderea acesteia din procedură, invocând (printre altele) următoarele motive:

a. pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut la art. 169 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, și

b. criticile reclamantei referitoare la experiența similară prezentată de Bozankaya.

Prin contestația formulată [redacted] formulează critici generice, fără valoare probantă utilizând informații care nu au fost verificate și validate de autorități publice precum și raționamente pentru care nu a adus nicio probă în justificarea acestora.

Prin Decizia nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, CNSC a respins parțial contestația PESA, reținând cu privire la oferta [redacted], în esență, următoarele:

> Documentul constatator nu produce efecte în ceea ce privește procedurile ulterioare la care ofertantul participă până la postarea lui în SEAP, și, respectiv, anterior publicării în SEAP a documentului constatator nu se poate imputa [redacted] completarea necorespunzătoare a DUAE, documentul nefiind opozabil terților, fiind supus controlului de legalitate;

> Experiența similară nu presupune dovada unei experiențe identice, așa cum pretinde Reclamantul, nefiind solicitată nicăieri în documentație demonstrarea experienței în furnizarea de mijloace de "transport urban", și, respectiv, nu se poate proceda la respingerea unei oferte pe baza unui considerent nestabilit în documentația de atribuire.

Decizia CNSC privind punctele menționate anterior este legală și temeinică, fiind dată cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

I. Decizia CNSC de respingere a incidenței motivului de excludere prevăzut la art. 169 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 este corectă.

Informațiile prezentate de [redacted] prin DUAE sunt corecte, nefiind necesară completarea în DUAE a informației privind orice caz de reziliere, deoarece conform art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din legea nr. 98/2016, doar rezilierea rezultată în urma unei încălcări grave sau repetate poate constitui motiv de excludere. Așadar, nu există niciun motiv pentru care încetarea unilaterală a relației contractuale cu [redacted] ar fi trebuit menționată prin DUAE.

a. pe de o parte, pentru că pretinsa nerespectare a obligațiilor contractuale nu este nici gravă și nici repetată, iar,

b. pe de altă parte, rezilierea contractului, aplicarea penalității și emiterca documentului constatator au fost și sunt în continuare în litigiu, cu precizarea că actul administrativ al autorității contractate de încetare a contractului și de aplicarea de sancțiuni a fost fundamental modificat între momentul depunerii ofertei și data plângerii.

(A) Nerespectarea obligațiilor contractuale clamată de [redacted] nu este nici gravă și nici repetată

Cu privire la motivul de reziliere invocat de [redacted], acesta a fost reprezentat de încălcarea obligației prealabile și secundare de a prezenta omologarea de tip pentru troleibuzul cu specificațiile care fac obiectul Contractului și NU pentru livrarea în sine a troleibuzelor (obligație principală a Contractului), obligație care devenea scadentă la 4 luni de la decizia de reziliere a contractului. În acest context, nu avem de-a face cu ipoteza prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, din simplul motiv că, pe de o parte, nu avem de-a face cu o încălcare repetată, iar, pe de altă parte, nerespectarea obligației invocate de [redacted] nu putea fi considerată gravă, din moment ce nu viza obiectul principal al contractului.

În ceea ce privește gravitatea neexecutării obligației contractuale, aceasta a fost definită de art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 ca fiind: „neexecutarea contractului, livrarea/ prestarea/ executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract.”

Încadrând motivul de reziliere invocat de [redacted] în textul legal sus-citat, se relevă simpla neprezentare a omologării în termenul stabilit de beneficiar, nu poate fi considerată ca o încălcare gravă a contractului așa încât [redacted] să fi fost nevoită să declare acest fapt în cadrul DUAE, mai ales că existau pe rol litigiul cu privire la caracterul nefundamentat al deciziei de reziliere, comportament al operatorului economic în cauză care denotă o Intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea să.” Prin urmare, nu orice neexecutare a unei obligații rezultând dintr-un contract de achiziție publică determină încadrarea în motivul de excludere. CJUE a statuat în sensul în care doar acele neexecutări de

o anumită gravitate pot să se încadreze în acest motiv, să existe Intenție sau o culpă gravă a operatorului economic.

În speță, prin neprezentarea omologării în termenul agreat (dincolo de faptul că acest aspect a fost și este contestat), a existat un caz de forță majoră care a creat blocaje în activitățile derulate de [redacted] în executarea contractului, iar decizia de reziliere a contractului pentru obligația sus-menționată a fost luată de [redacted] cu desconsiderarea cazului de forță majoră și cu 4 luni înainte de a începe livrarea propriu-zisă a troleibuzelor.

Așadar, în contextul argumentelor sus-menționate, nu se poate considera că ar fi existat vreo Intenție culpabilă sau vreo neglijență gravă a [redacted] în ceea ce privește executarea obligației secundare de omologare, astfel că nu era necesar ca această încălcare clamată de Municipiul București să fie declarată în DUAE, mai ales că și existau în derulare litigii cu privire la rezilierea contractului, aplicarea penalității, și emiterea documentului constatator.

(B) Rezilierea contractului, aplicarea penalității, și emiterea documentului constatator au fost și sunt în continuare în litigiu

După cum a precizat deja, decizia [redacted] de a rezilia contractul încheiat cu [redacted] pentru nerespectarea unei obligații secundare, de a solicita penalități prevalându-se de o clauză penală inaplicabilă obligației secundare invocate și de a emite un document constatator în care a reținut aspecte contestate de [redacted], a fost atacată în instanță de aceasta, iar, pentru litigiile în cauză, nu au fost epuizate încă toate căile de atac prevăzute de lege.

În Dosarul civil nr. 31036/3/2020, a contestat notificarea de reziliere a autorității contractante, în data de 24.09.2021, Curtea de Apel București s-a pronunțat în sensul admiterii apelului său, constatând că, în sarcina [redacted], nu se poate reține nici un prejudiciu adus autorității contractante. Până la acest moment, hotărârea nu a fost motivată și comunicată.

În Dosarul civil nr. 3685/3/2021 s-a solicitat anularea certificatului constatator negativ. Tribunalul București a dispus suspendarea acestui dosar până la soluționarea dosarului nr. 31036/3/2020.

În altă ordine de idei, [redacted] a atacat atât notificarea de reziliere cât și certificatul constatator negativ, iar [redacted] nu a publicat niciodată în SEAP certificatul constatator negativ pentru ca acesta să producă efecte juridice, aceasta fiind împiedicată de textul imperativ al art. 166 alin. (4) și (5) din Anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Certificatul constatator negativ nu a fost publicat nici la momentul depunerii ofertelor în procedura ce formează obiectul prezentei acțiuni în instanță, nici la momentul la care s-a emis rezultatul procedurii și nici până în prezent. Mai mult, nu numai că certificatul nu își produce efectele, dar situația de fapt prezentată în cadrul acestuia a fost substanțial modificată prin decizia Curții de Apel București pronunțată în dosarul nr. 31036/3/2020 și este în continuare obiect de litigiu.

În condițiile în care autoritatea contractantă este împiedicată să publice documentul constatator pentru existența unor litigii cu privire la legalitatea acestuia, se evidențiază că, și din această perspectivă, [redacted] nu avea nicio obligație de a preciza în DUAE nerespectarea obligației secundare de omologare clamată de [redacted].

În consecință, raportat la toate aceste considerente, se evidențiază că nementionarea în DUAE a încetării de către [redacted] a contractului pentru livrarea de troleibuze nu este un motiv justificat ca, în speță, să fie considerat incident art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, mai ales că, în prezent, [redacted] a derulează cu succes livrări chiar de tramvaie pentru [redacted] și pentru [redacted].

În final, a precizat că, contrar insinuărilor [redacted], dispozițiile art. 167 alin.(1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 reglementează un motiv facultativ de excludere, lăsând la aprecierea autorității contractante dacă operatorul economic este apt să execute contractul ce urmează a fi încheiat în procedura curentă.

I. Decizia CNSC privind faptul că I \_\_\_\_\_ deține experiența similară stabilită prin cerințele de calificare este corectă

În justificarea experienței similare, \_\_\_\_\_ a declarat un număr de două contracte conforme cu documentația de atribuire, care respectă, fiecare în parte cerințele experienței similare.

ÎI.A Contractul BTSC. SEE 49208.W000, un contract complex de proiectare, producție și livrare, atribuit în urma unei proceduri de licitație lansată de I \_\_\_\_\_ prin anunțul publicat în data de 1 septembrie 2015 cu indicativul \_\_\_\_\_

Cu privire la acest contract, \_\_\_\_\_ pretinde că nu se încadrează în categoria experienței similare, întrucât aceasta ar fi executat garnituri de metrou și nu garnituri de tramvai.

Susținerile \_\_\_\_\_ sunt netemeinice și nelegale pentru motivele pe care le va arăta pe larg în continuare.

Prin documentația de atribuire, în Fișa de date, punctul 111.1.3.a), astfel cum a fost modificată prin măsura de remediere adoptată prin Adresa nr. 157802/23.11.2020, autoritatea contractantă a solicitat:

„Experiența similară. În funcție de lotul ofertat, ofertanții să facă dovada livrării de produse similare (pentru transportul urban pe șine) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici, a căror valoare cumulată a fost de minim: (...)”

Prin urmare, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici să prezinte „experiență similară” și „produse similare” prin raportare la obiectul contractului. Documentația de atribuire respectă întru-totul scopul legislației în materia achizițiilor publice, acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu, în conformitate cu prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016. Instituirea cerințelor de calificare este atributul autorității contractante, iar regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură.

În acest sunt și dispozițiile art. 5 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 care prevăd următoarele:

„(1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul „ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract” sau „a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPVXXXXX.”

Prin contestația formulată, \_\_\_\_\_ se raportează la o experiență identică și produse identice cu cele ce fac obiectul procedurii de atribuire.

Or, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin interpretări arbitrare ale documentației de atribuire în etapa de evaluare a ofertelor.

Interpretarea dată de \_\_\_\_\_ cu privire la cerințele minime de calificare într-o manieră care limitează accesul operatorilor economici la procedură și care nu prezintă relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului, este contrară principiului transparenței.

În conformitate cu documentația de atribuire și dispozițiile legale în materie, „experiența similară” înseamnă o experiență asemănătoare, care are elemente comune cu cele ce formează obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, dar, și elemente care le diferențiază.

Jurisprudența CNSC, urmare a aplicării jurisprudenței CJUE este constantă în sensul în care prin experiență similară nu se poate înțelege experiență identică.

Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial 2375 din 2020 stabilește că:

„Experiența similară presupune caracterul asemănător cu cel al livrărilor și serviciilor presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv să existe elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază, prin „experiență similară” neînțelegându-se „experiență identică”. Orice solicitare contrară este în contradicție cu spiritul și cu litera legislației în materie.”

În același sens s-au pronunțat în repetate rânduri și instanțele de judecată. Astfel, Decizia ICCJ nr. 2145/23.05.2018 stabilește:

„Experiența similară presupune caracterul asemănător cu cel al livrărilor și serviciilor presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv să existe elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază, prin „experiență similară” neînțelegându-se „experiență identică”. Orice solicitare contrară este în contradicție cu spiritul și cu litera legislației în materie”.

De asemenea, Decizia CAB nr. 4484/03.10.2016 stabilește:

„Prin fișa de date ofertantul trebuia să facă dovada executării în ultimii 5 ani a unor lucrări similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, asemănătoare, de același fel, de aceeași natură și nu identice conform legislației în vigoare la data depunerii ofertelor. (...) Astfel, susținerile din cadrul plângerii sunt neîntemeiate având în vedere că contestatorul înțelege prin lucrări similare lucrări identice. Referitor la critica precum că ar fi trebuit să prezinte lucrări similare de genul "pardoseli rășini epoxidice, preluare condens, instalație hidranți, voce date etc". Curtea consideră că este neîntemeiată. Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat lucrări identice cu cele ce urmează să fie executate, ar fi încălcat legislația în vigoare la data depunerii ofertelor.”

Experiența prezentată de \_\_\_\_\_, constituie prin urmare experiență similară în raport de prevederile documentației de atribuire, prin raportare la dispozițiile legale invocate, așa cum au fost ele interpretate de jurisprudență.

În mod tendențios \_\_\_\_\_ pretinde că garniturile de metrou nu ar reprezenta produse similare celor ce fac obiectul contractului.

Dispozițiile art. 2 alin. (2) din Directiva UE 2016/798 privind siguranța feroviară reglementează domeniul de aplicare al acestei directive și nu oferă o clasificare a anumitor produse, astfel cum în mod tendențios pretinde \_\_\_\_\_.

Prevederile anterior menționate, arată că Directiva UE 2016/798 se aplică exclusiv sistemelor feroviare din statele membre, fiind în mod expres excluse de la aplicare tramvaietele și metrourele. Or, a pretinde că o reglementare legală care nu se aplică tramvaielor și metrourele ar oferi o clasificare a acestora din urmă este contrar oricăror norme de interpretare a dispozițiilor legale.

De asemenea, dispozițiile art. 16 alin. (3) din Directiva UE 2016/798, invocate de contestatoare, nu definesc și nu clasifică vehiculele, respectiv „produsele similare”, ci oferă o definiție a sistemului feroviar ușor, incluzând în această categorie atât sistemul de transport feroviar urban, cât și cel suburban.

Prin urmare, Directiva (UE) 2016/798 nu clasifică „sistemul de transport urban (ca în cazul tramvaiului) și cel suburban (ca în cazul metroului)” și nu se aplică vehiculelor pretins a nu fi „produse similare”.

\_\_\_\_\_ insistă asupra diferențelor tehnice dintre tramvai și metrou, ignorând faptul că documentația de atribuire definește în mod clar produse similare cu „transportul urban pe șine”.

Sunt netemeinice și susținerile \_\_\_\_\_ privind răspunsul său la solicitarea autorității referitoare la experiența similară.

\_\_\_\_\_ pretinde că ar fi omis să prezente informații complete din standardele europene, fără a arăta care ar fi informațiile pe care nu le-a prezentat. Contrar susținerilor \_\_\_\_\_, aceasta a prezentat informațiile relevante din cuprinsul acestor standarde, prezentând autorității

contractantă și standardele la care face referire. În acest sens, în cadrul standardelor europene referirile la metrou se regăsesc în următoarele:

La Secțiunea 3.1.4 din Standardul European EN 17343 în care se precizează în mod expres că:

„sistem de metrou - sistem de cale ferată urbană operat prin utilizarea unei comenzi/sistem de control separat de traficul rutier sau de alt sistem feroviar.”

La paragraful (2) al Secțiunii 1 - Scop din Standardul European EN 17355, se precizează în mod expres că:

„Acest document este aplicabil categoriilor de la I la III al materialului rulant urban definit de Ghidul CEN/CLC 26:

(I) Metrouri

Garniturile de metrou care fac obiectul Contractului BTSC. SEE 49208.W000 se încadrează în categoria vehiculelor pentru transport urban de șine, conform Ghidului CEN-

Ediția 1, Iunie 2013 “Aplicații feroviare. Pregătirea standardelor pentru proiectarea, construcția, fabricarea, operațiunile și întreținerea sistemelor feroviare urbane” și conform Standardului European EN 17355 - Aplicații feroviare. Dispozitive de comunicații pentru cale ferată urbană. Cerințe de sistem.

Contrar susținerilor [redacted] nu a prezentat trunchiat informații din Ghidul CEN- CENELEC 26 Ediția 1, Iunie 2013, care de altfel a fost comunicat autorității contractante. Inclusiv în extrasul utilizat de [redacted] ca fiind relevant pentru susținerile sale se arată că sistemul de transport urban ghidat acoperă și metrourul.

După cum se arată și în scrisoarea de referință emisă de BTCS și în toate documentele suport puse la dispoziția autorității contractante în justificarea experienței declarate în DUAE, subscrisa a livrat un număr de 22 de garnituri de metrou (fiecare având 4 vagoane), care operează în limitele urbane ale Bangkokului. Prin urmare, aceste garnituri de metrou achiziționate în baza contractului BTSC funcționează în cadrul serviciului urban de pasageri cunoscută și sub denumirea de linie verde, care începe de la gara [redacted] și se termină la stația [redacted]

Susținerile PESA sunt centrate pe prezentarea unei experiențe identice și nu a unei experiențe similare, neexistând nicio clasificare care să excludă metrourile din categoria „experienței similare” și a unor „produse similare”.

Față de aspectele arătate anterior, este evident că autoritatea contractantă în mod corect a apreciat experiența [redacted] din acest contract ca fiind experiență similară în raport de cerințele documentației de atribuire și de dispozițiile legislației privind achizițiile publice.

De altfel ANAP, în evaluarea procedurii de atribuire, după clarificările oferite de [redacted] a emis avizul conform care confirmă temeinicia explicațiilor oferite de [redacted]

De asemenea, [redacted] susține în mod tendențios că contribuția [redacted] nu ar fi fost corect declarată. Susținerile [redacted] nu sunt dovedite și sunt contrazise de documentele depuse în susținerea experienței similare prezentate în DUAE.

Astfel, în ceea ce privește contractul [redacted] obiectul contractului a fost executat de către Consorțiul format din [redacted]

[redacted] a fost responsabilă de executarea tuturor activităților prevăzute în Apendicele 4 (în Engleză: Appendix 4) la Contractul BTSC. SEE 49208.W000 (a așa cum rezultă din Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 12005/29.01.2021 și din scrisoarea beneficiarului din data de 1 februarie 2021), respectiv: producția, asamblarea, testarea, transportul și livrarea la Beneficiar a celor 22 de garnituri de metrou.

Mai mult, aceasta a fost solidar responsabilă de executarea tuturor obligațiilor stabilite în sarcina Consorțiului conform Contractului BTSC. SEE 49208.W000.

Potrivit, art. 14 punctul A.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2016:

„Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va



considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă."

Prin raportare la documentele prezentate autorității contractante rezultă faptul că a prezentat în mod corect experiența similară.

Contestatoarea în mod deliberat și cu rea credință, furnizează Consiliului o traducere trunchiată, scoasă din context a unui extras dintr-un comunicat general de presă din portofoliul \_\_\_\_\_ și cu intenția vădită de a minimiza rolul \_\_\_\_\_ în cadrul consorțiului \_\_\_\_\_, scopul fiind ca prin prezentarea greșită să se ajungă la concluzia că oferta ar fi inacceptabilă.

Pentru conformitate, traducerea corectă este „obiectul contractului” și nu „contribuția” Siemens, cum menționează \_\_\_\_\_.

Pe lângă interpretarea „oportună” și traducerea incorectă se remarcă și omisiunea cu buna știință a contestatarii a unor părți importante din comunicatul citat pentru a-și putea argumenta prezumția falsă referitoare la lipsa de experiență similară/reevaluarea din perspectiva motivelor de excludere.

Contestatară omite cu buna știință partea introductivă a articolului de presă, respectiv „(...) metro trains delivered by \_\_\_\_\_ consortium. The consortium has delivered all the 22 four car trains (...)” (traducere din lb. engleza: „garniturile de metrou au fost livrate de Asocieria formulată din \_\_\_\_\_ a. Asocieria a livrat toate cele 22 de garnituri de metrou cu patru vagoane.”)

Faptul că prin acordul de parteneriat, producția tuturor garniturilor de metrou destinate proiectului de anvergura Greenline s-a efectuat exclusiv în fabrica de peste 100.000 mp de la \_\_\_\_\_ a companiei \_\_\_\_\_ denotă faptul că un producător de talie mondială ca \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_), având calitatea de partener în consorțiul format cu \_\_\_\_\_ și nu calitatea de subcontractant al \_\_\_\_\_ a acordat partenerului turc deplină încredere în ceea ce privește standardele ridicate de producție, având în vedere că Siemens dispune de propriile facilități de producție în Europa și America, iar proiectul \_\_\_\_\_ este continuarea unor proiecte anterioare cu BTSC.

Contractul cu BTSC depus în susținerea DUAE este semnat de toți membrii consorțiului.

Sușinerile \_\_\_\_\_ sunt cu atât mai surprinzătoare, având în vedere că în cadrul contestației invocă în mod repetat și neîntemeiat faptul că \_\_\_\_\_ ar fi „citat trunchiat” bazându-și contestația pe trunchierea și traducerea greșită a unor informații din presă pe care le prezintă ca probe, deși nu îndeplinesc exigențele dispozițiilor codului de procedură civilă.

Atrage atenția asupra faptului că \_\_\_\_\_ producător de tramvaie cu experiență, menționează ciclul de producție al tramvaielei, punctând distinct punctul „e) asamblare și montaj (singura fază care a avut loc în fabrica \_\_\_\_\_)” insinuând că un tramvai ar fi un produs care vine prefabricat, din bucăți și orice operator economic fără experiență în producția de tramvaie îl poate asambla.

\_\_\_\_\_ omite cu bună știință faptul că producția în fabrica de la \_\_\_\_\_ și asamblarea reprezintă de fapt coroborarea proceselor enumerate de acesta în ciclul de producție, inclusiv testările pe linia de fabricație.

Producția vagoanelor din fabrica din \_\_\_\_\_ a inclus în mod evident și elementele de structura menționate de contestatoare ca fiind elementul esențial al vehiculului, precum și tratamentele specifice ale șasiului și caroseriei anticorozivne/antifonare etc, vopsire și protecție, design interior, asamblare componente mecanice, electrice, implementare sisteme, precum și testările de fabrică la finalizarea tramvaiului ca produs finit și încercările specifice coresponsabile.

În concluzie, atribuțiile desemnate prin contract \_\_\_\_\_ a se referă la producția integrală a garniturilor - astfel cum rezultă din documentele depuse în susținerea DUAE.

Contrar insinuărilor \_\_\_\_\_, personalul tehnic (ingineri și mecanici, precum și tehnicienii electroniști) al \_\_\_\_\_ a participat inclusiv la activitățile de recepție și punere în funcțiune.

Este surprinzătoare și presupunerea - producător cu experiență, că doar pentru „locație și forță de muncă”, ar fi putut avea un procent atât de mare din valoarea contractului de furnizare cu BTSC.

Raționamentul și aprecierile contestatarei referitoare la atribuțiile sale dintr-un acord de parteneriat despre care nu are date certe sunt pur speculative.

Întreaga motivare a punctului d) din contestație este bazată pe confuzie și propriile interpretări ale contestatoarei, contrazise de documentele justificative (contract cadru, acte adiționale, procese verbale de recepție/acceptanță, scrisoare de recomandare) transmise autorității contractante în data de 02.02.2021 ca răspuns la clarificare, cât și în data de 26.08.2021 în susținerea informațiilor din DUAЕ. În anexele declarate ca având caracter confidențial, autoritatea contractantă a putut analiza și identifica cu ușurință rolul Bozankaya în cadrul consorțiului cu , respectiv îndeplinirea criteriilor de calificare privind experiența similară (livrări similare pentru transportul urban pe sine în condițiile pragului valoric aferent fiecărui lot)

În concluzie, susținerile cu privire la contractul nr. BTSC. SEE 49208.W000 sunt tendențioase și nefondate și se impun a fi respinse pentru motivele arătate anterior.

II.B. Contractul nr. 2014/17532 obiectul contractului executat de către ca furnizor unic

De asemenea, cu privire la contractul încheiat între pretinde în mod nefundat faptul că acesta nu s-ar încadra în termenul de referință pentru a reprezenta experiență similară.

Astfel, a arătat că prin măsura de remediere dispusă prin Adresa nr. 157802/23.11.2020 autoritatea contractantă a exclus condiția ca experiența similară să se încadreze în termenul de 3 ani.

Cerința privind experiența similară a fost modificată astfel:

„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat  
Experiența similară, în funcție de lotul oferat, ofertanții să facă dovada livrării de produse similare (pentru transportul urban pe șine) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici, a căror valoare cumulată a fost de minim;

În textul măsurii de remediere este expres menționat „în loc de ... se va citi...”, însemnând în mod clar că se modifică integral cerința.

Prin urmare, contrar susținerilor din conținutul acestei măsuri de remediere rezultă că autoritatea contractantă a înlocuit complet cerința privind experiența similară inclusă inițial în fișa de date. Măsura de remediere nu a fost contestată de niciunul dintre operatorii economici din procedură. Necontestată, măsura de remediere devine obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru operatorii economiei participante la procedura de atribuire.

În acest context, toate susținerile referitoare la neîncadrarea în termenul de 3 ani a experienței similare se impun a fi respinse.

În subsidiar, în măsura în care CNSC apreciază în mod contrar, a arătat că contractul prezentat oricum se încadrează în termenul de 3 ani privind experiența similară.

Datele la care face referire sunt stabilite în mod arbitrar de către aceasta.

Chiar și din analiza extraselor din presă depuse de nu rezultă data de 26.04.2017.

Astfel, în documentul extras de pe site-ul Railwaypro se arată că „toate cele 30 de tramvaie operează în orașul ”. Extrasul de pe acest site, care conține cinci propoziții, a fost publicat în data de 26 aprilie 2017, dar ignoră faptul că, faptul că nu există nicio sursă oficială citată în acest extras și niciuna dintre informații nu a fost verificată. Or, informațiile prezentate pe acest site sunt diferite față de clauzele contractuale în ceea ce privește obiectul contractului ( a livrând mai mult de 30 de tramvaie), data aducerii primului tramvai la (care a fost în septembrie 2017) și nu există nicio mențiune cu privire la termenul final de livrare.

Livrarea și recepția tramvaielor de către \_\_\_\_\_ s-a finalizat la data de 06.10.2017, aspect care rezultă fără putință de tăgadă din documentele depuse în justificarea DUAE.

Pentru a arata că susținerile contestatoarei referitoare la documentația de atribuire sunt nefondate, facem următoarele precizări:

a. Data limită inițială de depunere a ofertelor a anunțului de participare \_\_\_\_\_ a fost 13.08.2020;

b. Data limită de depunere a fost prelungită în mod repetat din cauza contestațiilor și plângerilor asupra deciziei CNSC a operatorilor Calatori. A menționat că plângerile au fost admise în parte.

Art. 13 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 prevede că:

„Decalarea termenului-limită stabilit pentru depunerea candidaturilor/ofertelor și stabilirea astfel a unei noi date nu pot conduce în mod automat la respingerea unui candidat/ofertant pe motiv că experiența lui similară este situată în afara perioadei de 3/5 ani raportate la noua dată- limită de depunere a candidaturilor/ofertelor, atât timp cât acesta, la data inițial stabilită în anunțul de participare/de participare simplificat, îndeplinea cerința astfel cum a fost aceasta solicitată, experiența similară urmând a fi luată în considerare în acest caz.”

Contractul încheiat cu municipalitatea \_\_\_\_\_ produce efecte până la îndeplinirea obligațiilor conexe. Prin comparație și contractul care face obiectul prezentei proceduri are o durată de 24 luni aferentă livrării și recepției tramvaielor, dar contractul produce efecte până la îndeplinirea obligațiilor conexe (garanția minimă solicitată de 5 ani, serviciile de mentenanță și întreținere, asigurarea consumabilelor obligatorie pentru această perioadă de garanție - art. 9.1 din contractul asumat de toți ofertanții). În consecință, contractele pentru livrarea a 49 de tramvaie continuă să producă efecte până la stingerea tuturor obligațiilor contractului, respectiv pe o perioadă de minim 7 ani (pendinte de garanția acordată de fiecare ofertant) și nu pe 24 de luni.

Referitor la speculațiile \_\_\_\_\_ privind contractul de furnizare pentru \_\_\_\_\_ a observat că \_\_\_\_\_ în calitate de furnizor de tramvaie pentru transportul public, precum și de participant la prezenta procedură, ar trebui să cunoască că obligațiile contractuale nu se opresc la livrarea propriu-zisă a tramvaielor, ci în contract sunt incluse și obligațiile conexe de punere în funcțiune, testare on-site, probe, garanție, service și întreținere. Aceste condiții sunt obligatorii pentru mijloacele de transport public.

Contestarea tardivă a conținutului eratelor publicate, interpretarea discreționară a prevederilor aferente achizițiilor publice, precum și punerea sub semnul îndoielii a capacității autorității contractante de aplica prevederile legale și principiile care stau la baza achizițiilor publice (făcând totală abstracție de faptul că autoritatea contractantă este și Autoritate de Management a Programului Operațional Regional, emitent de instrucțiuni și recomandări privind derularea achizițiilor publice de către beneficiarii finanțării) sunt folosite cu rea credință, în scopul inducerii în eroare asupra evaluării legale a autorității contractante.

Pentru conformitate, a reiterat că în DUAE, conform cerințelor fișei de date și eratelor publicate, au fost menționate doar datele de baza ale contractului de furnizare 31 de tramvaie de 33 m, respectiv perioada contractuală pentru livrarea și recepția tramvaielor, nu data finalizării tuturor activităților conexe contractului (respectiv stingerea obligațiilor privind garanția și întreținerea în perioada de garanție), finalizată cu facturarea integrală a tramvaielor livrate și acceptanța finală în urma parcurgerii perioadei de probe și a garanției. Scrisoarea de referință din Martie 2020 din partea achizitorului menționată în fișa DUAE la documente relevante, certifică livrarea/recepția integrală în termen și menționează că garanția/activitățile conexe contractului continuă.

În susținerea DUAE a fost transmisă adresa beneficiarului din Martie 2020 în care este certificată livrarea/recepția integrală a celor 31 de tramvaie și continuarea activităților conexe ale contractului în prezent.

Având în vedere că obligațiile contractuale sunt stinse prin îndeplinirea tuturor obligațiilor de ambele părți, perioada de finalizare a obligațiilor contractuale (acceptarea finală în urma finalizării perioadei de test/garanție) a fost 2021.

În consecință, contractul de furnizare a tramvaielor către [redacted] îndeplinește și el, individual, condițiile de experiență similară conținute în argumentele speculative și eronate ale contestatarii (atât pentru cerința privind livrarea de produse similare, cât și a pragului valoric pentru loturile oferite).

Un exemplu foarte clar privind reaua credință a contestatarii referitoare la criticile privind experiența similară și condițiile de calificare este faptul că deși toate informațiile folosite în contestație sunt „informații de presă”, aceasta omite cu bună știință informațiile pozitive legate de livrările sale publice din ultima vreme în Timișoara și Iași, pretinzând o lipsă de experiență și capacitate de îndeplinire a contractului.

Pentru conformitate, contestatara este în deplină cunoștință de livrarea de la Iași, deoarece [redacted] are în prezent în teste și încercări on-site un tramvai [redacted] și un tramvai [redacted] care sunt garate „umăr la umăr” în depoul operatorului de transport public CTP Iași, sosirea tramvaielor fiind un subiect important de media, atât pentru presa locală, cât și pentru media online.

În mod particular, tramvaiul de 30 m pentru [redacted] a fost un subiect dezbătut deoarece este o premieră mondială, având o autonomie în afara catenarei de min. 63 km, pentru care au fost finalizate testele în UE și România în vederea acordării agrementului tehnic de către [redacted].

Față de toate argumentele arătate anterior, a solicitat respingerea criticilor formulate de [redacted] ca fiind neîntemeiate și constatarea faptului că autoritatea contractantă în mod corect a evaluat oferta să în procedură.

Având în vedere toate aceste considerente, se pot face câteva considerații concludive, după cum urmează:

Atât timp cât o autoritate contractantă, parte a unui contract de achiziție publică, care a decis rezilierea unilaterală a contractului, nu a publicat în SEAP documentul constatator, ca urmare a aplicării dispozițiilor legale privind nepublicarea pe perioada desfășurării litigiului ce îl privește, nu poate fi invocată ca motiv de excludere a ofertantului ce a fost parte a contractului în litigiu situația de fapt ce e constatată în documentul respectiv, acesta nefiind opozabil terților și neproducând efecte la acest moment. Prin urmare nu se poate vorbi nici de o culpă a [redacted] în completarea DUAЕ a referinței la un act ce nu produce efecte la momentul ofertării.

În ceea ce privește experiența [redacted] în furnizarea de sisteme de transport de tip metrou, aceasta îndeplinește atât exigențele formale prevăzute de legislația în vigoare pentru a fi calificată drept experiență similară în cadrul unei proceduri ce are ca obiect furnizarea de tramvaie, cât și caracteristicile tehnice prevăzute de standardele europene aplicabile domeniului transportului de tip feroviar, pentru aplicarea unui tratament similar atât metroului cât și tramvaielor.

Experiența similară prezentată de E [redacted] prin intermediul celui de-al doilea contract prezentat ca referință în cadrul procedurii de achiziție este relevantă atât în ipoteza în care modificarea documentației de către autoritate a permis utilizarea de contracte recepționate în cadrul unei perioade relevante diferite de 3 ani, cât și în ipoteza în care se consideră că perioada relevantă ar fi exact cea de 3 ani, justificat de faptul că documentul ce atestă data acceptării tramvaielor ce formează obiectul contractului, așa cum a fost arătat în documentele depuse în cadrul procedurii, se încadrează în perioada de 3 ani, anterioară datei limită de depunere a ofertelor.

În concluzie, față de toate argumentațiile sus-menționate, a solicitat respingerea plângerii, și, pe cale de consecință, să se dispună:

> Caracterul legal și temeinic al Deciziei CNSC în ceea ce privește măsurile stabilite de aceasta având ca obiect:

- motivele de excludere incidente în cazul ofertantului

- experiența similară invocată de ofertantul F , cu consecința respingerii plângerii reclamantei în integralitate,  
> obligarea intimatei la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.

În drept: art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții invocate în prezenta întâmpinare.

Probe: Dosarul achiziției, documentele ofertei, solicitările de clarificări și răspunsurile la clarificări, actele din dosarul contestației la CNSC, precum și înscrisurile anexate prezentei.

#### **Intimatul**

În temeiul prevederilor art.31 alin.(2) din Legea nr.101/2016, a formulat **întâmpinare** la plângerea promovată de ) împotriva Deciziei nr.2409/C2/2477 din 01.11.2021 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC).

Prin plângerea formulată în cauză, A a solicitat instanței de judecată să dispună modificarea parțială a deciziei CNSC, în partea ce vizează motivele de excludere incidente în cazul ofertantului , precum și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința admiterii capetelor de cerere din Contestația petentei ce au vizat obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei

În speță, a învederat faptul că, urmare a emiterii de către acesta a Raportului procedurii nr.104549/01.09.2021 având ca obiect "

) a formulat contestație împotriva raportului la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC).

Prin contestația promovată, a solicitat CNSC:

- Anularea parțială a Raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021 comunicat de Autoritatea contractantă prin intermediul SICAP la data de 08.09.2021 („Raportul”) în ceea ce privește declararea ofertei drept necâștigătoare și, respectiv, declararea ofertei depuse de drept admisibilă și câștigătoare și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de Autoritatea contractantă în acest sens, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise participanților la Procedură. Pe cale de consecință, se impune anularea deciziei Autorității contractante prin care a declarat necâștigătoare oferta , iar oferta drept câștigătoare:

- obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de din punct de vedere al admisibilității în sensul declarării acestei oferte drept inadmisibile și excluderii acestui ofertant de la Procedură;

- obligarea Autorității contractante la refacerea clasamentului ofertanților, cu consecința declarării ofertei drept câștigătoare.

Prin Decizia nr.2409/C2/2477 din 01.11.2021, CNSC a admis în parte contestația formulată în contradictoriu cu intimatul (în calitate de autoritate contractantă), în sensul că a anulat Raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente părții anulate.

CNSC l-a obligat să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Au fost respinse ca inadmisibile capetele de cerere din contestație constând în obligarea autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta și de a fi respinsă oferta

În prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art.18 alin.(1) din Legea nr.101/2016, acesta a formulat un punct de vedere argumentat în drept și în fapt, în legătură cu contestația depusă de

Având în vedere ca motivarea punctului de vedere a fost realizată în mod exhaustiv, a învederat că își menține întocmai opinia exprimată în cuprinsul acestuia.

> Privitor la punctul "11" din contestație cu privire la incidența motivelor de excludere în ceea ce privește ofertantul A a susținut următoarele:

«12. Potrivit art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cădru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune- interese sau alte sancțiuni comparabile; h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

13. Ofertantul se află sub incidența celor două motive de excludere care ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei acestuia, după cum vom arăta în continuare.

14. Este de notorietate faptul că începând cu octombrie 2020 (înaintea de depunerea ofertei în cadrul Procedurii), contractul încheiat între [redacted] privind achiziția a 100 de troleibuze noi a fost reziliat de către [redacted] pentru nerespectarea prevederilor contractuale privind prezentarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective, condiție esențială pentru îndeplinirea contractului (a se vedea Anexa 10).

15. Rezilierea a cauzat importante riscuri și prejudicii pentru autoritatea contractantă. Întrucât pierderea finanțării acordate de Administrația Fondului de Mediu este iminentă având în vedere imposibilitatea autorității contractante de a finaliza o nouă procedură până la data termenului de utilizare a finanțării, iar pierderile ar putea fi semnificative (de aprox. [redacted]).

De asemenea, rezilierea a produs importante pagube cetățenilor

având în vedere situația critică a flotei de troleibuze din București.

16. Prejudiciile efectiv suferite de Autoritatea contractantă până la acest moment, având în vedere neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către [redacted] se ridică la [redacted] (conform informațiilor din surse publice).

17. În atare condiții, este evident că rezilierea s-a produs pentru o încălcare gravă a uneia dintre obligațiile principale din contractul respectiv, având în vedere faptul că fără documentația de omologare, troleibuzele respective nu putea fi livrate și nici puse în funcțiune. Mai mult, lipsa omologării în termen făcea imposibilă livrarea în termen a troleibuzelor, precum și verificarea conformității acestora cu toate normele/standardele și prevederile legale în vigoare aplicabile punerii în circulație a acestor troleibuze.

18. Deși notificarea de reziliere transmisă de către [redacted] este obiectul unui litigiu inițiat de către [redacted] în fața instanțelor competente, arătăm că: (i) potrivit datelor disponibile pe portalul instanțelor (Anexa 4), cererea [redacted] de anulare a notificării de reziliere a fost respinsă ca neîntemeiată cu consecința menținerii deciziei de reziliere și (probabil) a obligării [redacted] la plata despăgubirilor solicitate de autoritatea contractantă, fiind menținută decizia Autorității contractante și (ii) deși [redacted] a depus cerere de apel împotriva deciziei mai sus menționate, atât timp cât nu există o decizie finală de anulare a notificării de reziliere, potrivit legii, rezilierea operează și își produce efectele pe deplin.

19. În atare condiții, [redacted] avea obligația să declare existența acestei situații și să prezinte în mod transparent Autorității Contractante cazul de reziliere, precum și toate datele necesare pentru o evaluare în concret) a admisibilității acestui ofertant la Procedură.

20. Or, [redacted] a prezentat informații false în ceea ce privește posibilele motive de excludere în care aceasta se regăsește, declarând că nu există niciun motiv de excludere în ceea ce privește încetarea anticipată a unui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile. Conform DUAЕ depus (Anexa 5) [redacted] a declarat „NU” în secțiunea aferentă acestui motiv de excludere

Având în vedere rezilierea contractului mai sus menționat de către [redacted] reziliere care își produce pe deplin efectele până la o decizie finală a instanței competente, [redacted] era obligată să declare în mod transparent aceste fapte, dând Autorității Contractante ocazia să evalueze în ce măsură rezilierea era de natură să conducă la excluderea

acestui ofertant de la Procedură. Or, E a ales să facă declarații false, să omită prezentarea deciziei de a rezilia contractul încheiat cu aceasta, cu solicitarea de daune-interese, tocmai în scopul calificării pe nedrept la Procedură.

Această conduită este sancționată de către legislația aplicabilă. Potrivit art. 167 alin. (1), lit. h) din Legea 98/2016: „(1/ Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

Astfel, se impune reevaluarea ofertei în sensul excluderii acestui ofertant de la Procedură, având în vedere incidența motivelor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.»

> Prin raportare la susținerile a învederat următoarele:

În ceea ce privește susținerea cu privire la obligația comisiei de evaluare de a exclude din procedura de atribuire oferta depusă de operatorul economic potrivit prevederilor art.167 alin.(1) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, motivat de notorietatea contractului de furnizare pe care acesta din urmă, l-a încheiat cu și care a fost reziliat pentru nerespectarea prevederilor contractuale, a menționat că, în procesul de analiză și evaluare, comisia a verificat în SICAP, secțiunea “Documente constatatoare”, pentru a identifica posibile încălcări aduse altor autorități contractante, de către ofertanții participanți la prezenta procedură. În concret, în aplicația SICAP nu există niciun document constatator, cu privire la contractele încheiate de Bozankaya în care să fi adus grave prejudicii sau să fi fost de natură a duce la rezilierea acestora.

Potrivit prevederilor art.166 alin.(5) din HG nr.395/2016 privind achizițiile publice “Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse”. Prin urmare, faptul că un anumit operator economic a primit document constatator negativ (la care comisia de evaluare nu are acces, informațiile provenind doar din spațiul media), dar care nu este încărcat în SEAP în secțiunea dedicată, nu poate fi un motiv de excludere a ofertantului, deoarece respectivul document poate face obiectul unui litigiu, decizia finală de stabilire a vinovăției/ nevinovăției aparținând instanței de judecată competente. A adopta o astfel de decizie, de eliminare dintr-o procedură de atribuire, pe baza unor presupuneri, considerăm că excedează atribuțiilor legale ale comisiei de evaluare.

Așa cum se poate constata pe portalul Ministerului Justiției, documentul constatator emis de către , cu privire la contractul sus-menționat, a fost contestat de către prin depunerea plângerii în dosarul nr.31368/3/2020, pentru care soluția pronunțată a fost: “admite excepția necompetenței funcționale a Secției a-II-a de contencios administrativ și fiscal. Declină competența de soluționare a cauzei în favoarea Secției a VI-a Civilă a Tribunalului București. Fără cale de atac.” Cu privire la această soluție, a solicitat “suspendare executare act administrativ continuarea judecării dosar nr. 31368/3/2020”, aspecte ce se regăsesc pe portalul indicat, în dosarul nr. 5210/2/2021”, următoarea ședință de judecată fiind stabilită pentru data de 18.10.2021, prin urmare, s-a arătat că nu există o hotărâre judecătorească definitivă cu privire la documentul constatator aferent contractului la care face mențiune contestația.

Mai mult, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice “DUAE reprezintă documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”. Prin urmare, prezentarea DUAE de către ofertantul a, în care a declarat, pe propria răspundere, că nu se află în situațiile de excludere reglementate de



legislația în vigoare, respectiv încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, a fost apreciat de către comisia de evaluare ca fiind necesar și suficient pentru declararea ofertei ca fiind admisibilă sub acest aspect. Astfel, fiind definită de legislație ca o declarație pe proprie răspundere, considerăm că autenticitatea și veridicitatea informațiilor cuprinse în DUAE aparține exclusiv operatorului economic ofertant, membrii comisiei de evaluare neavând atribuții sub acest aspect. Prin urmare aspectul sesizat de către contestatoare intră sub incidența legii penale, iar comisia de evaluare nu are atribuții, în acest sens, și nu se substituie organelor competente.

Totodată, conform notificării ANAP cu privire la situația excepțională de excludere reglementată la art. 176 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice .....nepublicarea în SEAP a documentului constatator (ca urmare a contestării sale sau a neîndeplinirii termenului de contestare) nu modifică efectele acestuia între părți, în măsura în care nu a fost suspendată executarea lui, ci afectează doar opozabilitatea față de terți a documentului constatator”.

Astfel, reiese că susținerile ..... sunt neîntemeiate și bazate pe supoziții, motiv pentru care a solicitat respingerea contestației pentru acest capăt de cerere.

> Privitor la punctul "111" din contestație privitor la faptul că ..... nu îndeplinește cerințele privind experiența similară, ..... a susținut următoarele:

«Potrivit Fișei de date (astfel cum aceasta a fost modificată ca urmare a eratei din 27.11.2020 - Anexa 6), Cerința de la pct. III. 1.3) Capacitatea tehnică și profesională, a fost modificată după cum urmează: Loturile: 1,2,3,4 Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat Experiența similară. În funcție de lotul ofertat, ofertanții să facă dovada livrării de produse similare pentru transportul urban pe sine) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici, a căror valoare cumulată a fost de minim: Lotul 1- ..... fără TVA, Lotul 2- ..... fără TVA, Lotul 3- 8 ..... fără TVA, Lotul 4- ..... lei fără TVA Modalitatea de îndeplinire: Informațiile se vor completa în DUAE, urmând ca documentele suport (certIFICATE/documente) să fie prezentate la solicitarea autorității contractante, ofertantului clasat pe primul loc, în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Astfel, condițiile tehnice/profesioniste necesare pentru calificarea la Procedură în ceea ce privește experiența similară erau următoarele - livrarea de produse similare (pentru transportul urban pe șine) în cadrul unui sau mai multor contracte, cu o valoare cumulată/lot egală cu valoarea fiecărui Lot.

Astfel cum va arăta în continuare, niciunul dintre contractele prezentate drept experiență similară de către ofertant ..... NU respectă condițiile Fișei de date și nici ale legislației aplicabile și nu pot servi drept dovadă în vederea demonstrării capacității tehnice și profesionale.

Pentru dovedirea experienței similare, potrivit DUAE, ..... a prezentat două contracte:

(i) BTSC. SEE 49208.WOOO din 01.09.2015 realizat în asociere cu tiengesellschaft ( ..... pentru furnizarea materialului rulant pentru 22 trenuri de metrou rapid (88 module) pentru proiectul 1 proiect finalizat în 10.10.2019, în valoare de ..... (39,65% din valoarea contractului); și

(ii) Contractul nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu ..... pentru furnizarea a 31 tramvaie. Conform celor declarate în DUAE acest proiect a fost finalizat în 06.10.2017, în valoare de .....

A arătat, în cele ce urmează, că niciunul din cele două contracte nu îndeplinește cerințele impuse de Autoritatea contractantă prin Fișa de date. Astfel:

În ceea ce privește Contractul menționat la punctul (i) de mai sus pentru 22 trenuri de metrou rapid, a arătat că acesta nu respectă cerințele Fișei de date și nu poate fi folosit în dovedirea experienței similare întrucât:

a) trenurile de metrou rapid ce au făcut obiectul Contractului invocat drept experiență similară, nu se încadrează în noțiunea de produse similare cu cele ce fac obiectul Procedurii.

Astfel, potrivit Fișei de date (punctul III. 1.3), astfel cum a fost modificată prin Erata nr. ..., ofertanții trebuiau să facă dovada "livrării de produse similare (pentru transportul urban pe șine).

Așadar, conform fișei de date, produse similare pentru această procedură urmează a se citi în sensul de produse pentru transportul urban pe șine.

A arătat în cele de urmează, în primul rând faptul că, trenul de metro se încadrează în categoria de transport suburban, iar nu urban. De asemenea, a arătat faptul că există diferențe substanțiale între un tramvai și un metrou ce derivă tocmai din faptul că metroul este un mijloc de transport suburban, iar tramvaiul este un mijloc de transport urban.

(1) Metroul reprezintă un mijloc de transport suburban, iar NU urban, astfel: în primul rând, Directiva (UE) 2016/798 privind siguranța feroviară (astfel cum a fost modificată), face o diferență clară între sistemele de călători urbane și cele suburbane, implicit între metrou (suburban) și tramvai (urban).

Astfel la art. 2 alin. (2), menționează:

„Prezenta directivă nu se aplică:

(a) metrourilor;

(b) tramvaielor și vehiculelor feroviare ușoare, precum și infrastructurii utilizate exclusiv de aceste vehicule;

(c) rețelelor care sunt separate din punct de vedere funcțional de restul sistemului feroviar al Uniunii și sunt destinate exclusiv exploatarea serviciilor de transport de călători locale, urbane sau suburbane, precum și întreprinderilor care operează exclusiv pe aceste rețele.”

De asemenea la art. 3 alin. (16) definește sistemul feroviar ușor, astfel:

„sistem feroviar ușor” înseamnă un sistem de transport feroviar urban și/sau suburban cu o rezistență la șoc de C-III sau C-IV (în conformitate cu EN 15227:2011) și cu o rezistență maximă a vehiculului de 800 kN (forța de compresie longitudinală în zona de cuplare); sistemele feroviare ușoare pot avea o cale dedicată sau pot folosi drumurile publice împreună cu traficul rutier și de obicei nu fac schimb de vehicule cu traficul de călători sau marfă pe distanțe lungi;

Este astfel evident că, la nivel european, există o delimitare clară între sistemul de transport urban (cum e cazul tramvaiului) și cel suburban (cum e cazul metroului).

(b) în al doilea rând, standardele solicitate expres prin Caietul de Sarcini fac o delimitare extrem de clară între metro și tramvai, drept clase diferite de material rulant, astfel încât nu se poate nicicum susține că acestea ar fi produse similare.

Astfel, de exemplu:

EN 13749 - Aplicații feroviare. Osii montate și boghiuri. Metode pentru specificarea cerințelor referitoare la rezistența structurilor cadrelor de boghiuri.- Anexa A.6 prevede metroul în categoria B-III, iar tramvaiul în categoria B-IV.

EN 15227 - Aplicații feroviare. Cerințe de siguranță pasivă contra coliziunii pentru structurile cutiilor de vehicule feroviare - punctul 4, tabelul 1: metroul sunt în C-II, iar tramvaiele sunt în C-IV.

EN 50121 - Aplicații feroviare. Compatibilitate electromagnetică. Din diagrama de mai jos, rezultă că tramvaiele sunt vehicule specifice în ceea ce privește compatibilitatea electromagnetică (EMC), față de alte vehicule cu material rulant.

(...).

În cele de urmează a arătat faptul că trenurile de metrou se diferențiază în mod substanțial față de tramvaie, astfel:

Metroul circulă pe un sistem separat de cale (pistă separată), pe când tramvaiele circulă în trafic mixt cu mașini, autobuze, biciclete în oraș. Acest lucru aduce o abordare diferită în ceea ce privește proiectarea părții frontale (de exemplu, proiectarea părții frontale a tramvaiului trebuie să prevină căderea unui pieton lovit sub vehicul), bare de protecție, rezistența la impact, siguranță.

Metroul și tramvaiul sunt pregătite pentru diferite condiții meteorologice, deoarece metroul circulă în principal în tuneluri (subteran). Tramvaiele circulă pe spațiu deschis.

Sursa de alimentare este diferită: tramvaiul (este necesar pantograf) folosește colectorul de curent montat pe acoperiș și este alimentat din catenaria aeriană este necesar un pantograf; metroul este alimentat prin a treia șină.

Tramvaiul este ușor și are limite de sarcină pe osie reduse (max. 12t); metroul este mai aproape de trenul obișnuit, cu sarcini pe osie de 15t sau mai mult.

În cazul tramvaiului, poziția joasă a podelei obligă echipamentul să fie așezat pe acoperiș, astfel încât pereții și acoperișul trebuie să suporte o sarcină mai mare decât un metrou (unde majoritatea echipamentelor sunt suspendate sub vehicul);

Dimensiunile sunt diferite: tramvaiul solicitat în această procedură are o lungime de 18m și o lățime de 2,4m, iar metroul realizat de [redacted] pentru Bangkok are 86.6 m lungime și 3,12 m lățime.

Tramvaiul are podeaua suta la suta coborâtă pe toata suprafața, pe când metroul are podeaua înaltă.

Tramvaiul trebuie pregătit să circule pe curbe orizontale înguste de până la 18m. Trenul de metrou circulă pe curbe de 70m sau mai mult.

În cadrul procedurii prezente se solicita un prag de intrare de 350 mm; în cazul metroului (Linia Verde) pragul de intrare este la 1160 mm.

Cele două mijloace de transport au diferite scenarii de avarie conform EN 15227.

Nu în ultimul rând, a arătat inclusiv că, potrivit standardului german VDV 150 - Recomandare de tip - Vehicule feroviare ușoare - în capitolul 2.1 există o definiție a „vehiculului feroviar urban”, acesta fiind descris drept un vehicul conceput pentru a transporta persoane pentru căile ferate dependente de drum conform [redacted] cu tehnologia convențională roată / șină și autopropulsat. Pe de o parte, rulează pe piste de subgradare specifice și independente, inclusiv secțiuni în tuneluri, pe de altă parte, îndeplinesc condițiile pentru participarea la traficul rutier.

Această definiție confirmă faptul că tramvaiele trebuie să fie pregătite să circule în traficul orașului (dimensiuni adecvate, lumini, semnalizatoare, asigurare rutieră etc.). Metroul sunt diferite și nu au nevoie de astfel de pregătiri, deoarece rulează pe un sistem separat de cale.

(c) argumentele [redacted] pentru dovedirea faptului că trenurile de metrou rapid pot fi calificate ca vehicule pentru transportul urban pe șine sunt neîntemeiate;

În urma verificărilor efectuate, ANAP a emis Avizul condiționat nr. 5123/99 [redacted] (Anexa 11), potrivit căruia în ceea ce privește experiența similară a ofertantului [redacted] în acest contract, „nu reiese dovada livrării de produse similare în sensul că nu rezultă similaritatea dintre produsele solicitate, care constituie obiectul prezentei proceduri de achiziție (pentru transportul urban pe șine) și obiectul contractului încheiat cu [redacted]”

În urma acestui Aviz, Autoritatea contractantă a solicitat ofertantului Bozankaya clarificări cu privire la încadrarea produselor livrate în cadrul contractului analizat în noțiunea de produse similare.

În susținerea acestei calificări, [redacted] a invocat pe de o parte Ghidul CEN - CENELEC - secțiunea 1, paragraful 4, citând trunchiat din acest ghid.

Astfel, [redacted] menționează că în acest ghid (Secțiunea 1 alin. 4, în Anexa 9), categoriile de sistem de cale ferată urbană includ metroul. [redacted] a omis însă complet să arate faptul că un paragraf anterior, Ghidul CEN - CENELEC definește categoriile de cale ferată urbană ca incluzând Sistemele de transport urban ghidat, definite, la rândul lor astfel:

Sistemele de transport urban ghidat (UGT), care acoperă metrou, tramvai și vehicule feroviare ușoare, sunt definite ca sisteme de transport public ghidate permanent cel puțin de o cale ferată, destinate exploatării serviciilor locale, urbane și suburbane de călători cu vehicule autopropulsate și operate segregat sau nu de traficul rutier general și pietonal.

[redacted] a procedat similar și în cazul invocării Standardului European EN 17343, omițând să prezinte informații complete, citând trunchiat din cuprinsul standardului exclusiv informațiile ce o ajutau să își susțină punctul de vedere.

(d) contribuția [redacted] în acest contract nu a fost corect declarată și, prin urmare, se impune reevaluarea din perspectiva motivelor de excludere a ofertantului

A arătat că potrivit informațiilor publice (Anexa 8), obiectul contractului pentru livrarea celor 22 trenuri de metrou rapid pentru proiectul [redacted] C, a fost împărțit astfel între membrii consorțiului (traducere din limba engleză):

Contribuția [redacted] s pentru trenurile [redacted] include boghiuri, sisteme de tracțiune și frânare și sisteme auxiliare, precum și managementul proiectului, dezvoltarea, construcția și punerea în funcțiune a trenurilor. Trenurile vor fi fabricate la fabrica [redacted] din Ankara, Turcia.

Astfel, rezultă cu claritate că fazele esențiale ale producției garniturilor de metrou au fost coordonate și efectuate de către [redacted] iar exclusiv asamblarea acestora (conform proiectului Siemens) a fost efectuată de către [redacted]

Or, ciclul de producție a unui tramvai este mult mai complex decât asamblarea unor componente și necesită o experiență superioară față de un simplu montaj:

Ciclul de producție a tramvaielor are loc după cum urmează:

- a) proiect (proiectare, inginerie);
- b) ofertele (comanda componentelor) pe baza proiectului, (de ex. cele mai importante componente precum boghiuri, sisteme de tracțiune și frânare și sisteme auxiliare);
- c) construirea structurii vehiculului (structura fiind elementul esențial al vehiculului);
- d) acoperirea structurii (vopsire și protecție);
- e) asamblare și montaj {singura fază care a avut loc în fabrica [redacted]};
- f) punerea în funcțiune;
- g) teste pentru omologare.

Conform informațiilor din presă (Anexa 8), pare că [redacted] a efectuat și poate demonstra experiență similară exclusiv în ceea ce privește asamblarea și montajul unor componente, nicidecum în derularea unui proiect complet de livrare a unor vehicule de metrou (în măsura în care am admite că și acestea pot fi considerate produse similare în această Procedură).

În acest contract, rezultă clar că rolul [redacted] a fost limitat la a furniza o locație și forță de muncă pentru asamblarea trenurilor. Asamblarea în sine a fost efectuată strict în baza proiectului tehnic realizat de [redacted], fără o contribuție a [redacted] în celelalte stadii ale producției trenurilor. Or, astfel cum a arătat mai sus, întreaga producție este deosebit de complexă și necesită experiență în toate fazele proiectului, experiență pe care [redacted] nu o deține în baza acestui contract. De altfel, în dovedirea experienței similare, [redacted] se limitează a menționa că a executat activitățile prevăzute în Anexa 4 la contractul respectiv, fără a preciza în concret activitățile efectiv derulate.

Contractul ce face obiectul prezentei Proceduri necesită expertiză în toate cele șapte faze ale producției unui tramvai, de la proiectare la testele pentru omologare, astfel încât exclusiv asamblarea trenurilor nu poate servi drept dovadă a experienței similare, iar Bozankaya nu se poate folosi de activitățile Siemens din acel contract pentru a se califica la această Procedură.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C-387114, Esaprojekt sp. z o.o. v. Wojewodztwo Eodzkie, în sensul că: „Articolul 44 din Directiva 2004/18 coroborat cu articolul 48 alineatul (2) litera (a) din această directivă și cu principiul egalității de tratament a operatorilor economici, care figurează la articolul 2 din aceasta, trebuie interpretat în sensul că nu permite unui operator economic să menționeze capacitățile altei entități, în sensul articolului 48 alineatul (3) din directiva menționată, prin cumularea cunoștințelor și a experienței a două entități care, luate separat, nu dispun de capacitățile cerute pentru executarea unui contract determinat, în cazul în care autoritatea contractantă consideră că respectivul contract este indivizibil, iar o asemenea excludere a posibilității de a menționa experiențele mai multor operatori economici este raportată la obiectul contractului în cauză și proporțională cu acesta, care trebuie, prin urmare, să fie realizat de un singur operator.”

Astfel, \_\_\_\_\_, a nu poate folosi activitățile derulate de \_\_\_\_\_ de management de proiect, dezvoltare, construcție și punere în funcțiune a trenurilor pentru a-și dovedi experiența similară în această Procedură, în condițiile în care activitățile derulate de acest ofertant dovedesc exclusiv experiența similară în materie de asamblare a unor componente.

Mai mult, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice activitățile efectiv realizate de către \_\_\_\_\_ în cadrul acestui contract și nu doar să se limiteze la a aplica procentul declarat de către \_\_\_\_\_, care, așa cum a arătat mai sus, este format doar din activitățile aferente unei singure etape de producție a unui tramvai (din totalul celor 71).

De asemenea, Curtea s-a pronunțat în aceeași cauză în sensul că: „Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice printre altele dacă s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză s-a făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator.”

Astfel, raportat la noile prevederi ale directivei europene în materie și ale legislației din România, a solicitat CNSC să constate incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea 98/2016. Raportat la informațiile furnizate în DUAЕ, se impune obligarea Autorității contractante la reanalizarea motivelor de excludere a ofertantului \_\_\_\_\_ în perspectiva prevederilor art. 167 alin. (1) lit. i), care stabilesc faptul că Autoritatea exclude de la procedură: i) operatorul economic [...] a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind [...] selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului- cadru către respectivul operator economic.»

> Prin raportare la cele sus menționate, \_\_\_\_\_ învederat următoarele:

În ceea ce privește Contractul nr. 2014/17532 obiectul contractului a fost executat de către Bozankaya Otomotiv Makina Imalat ve Ithalat ve Ibrakat Anonim Sirketi ca furnizor unic.

Prețul total al Contractului 2014/17532 nu include TVA și este în valoare de \_\_\_\_\_ Pondere de preț aferentă este de 100%.

\_\_\_\_\_ a fost responsabilă de executarea tuturor activităților prevăzute în Contractul nr. 2014/17532 pentru furnizarea a 31 de tramvaie cu planșeu jos (low floor) cu dimensiunea de 33, respectiv proiectarea, execuția, asamblarea, testarea, livrarea, întreținerea și repararea tramvaielor.

Urmare a celor declarate mai sus, comisia de evaluare a considerat cerința privind experiența similară a ofertantului \_\_\_\_\_ îndeplinită chiar și pe baza contractului nr.2014/17532/14.11.2014, chiar dacă nu ar fi luat în calcul contractul BTSC SEE 49208.W000/01.09.2015.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a considerat că atât metrourile rapide, cât și tramvaiul se încadrează în categoria transportului urban pe șine, chiar și în București metrourile având porțiuni unde circulă atât în subteran, cât și la suprafață. În opinia comisiei de evaluare, ambele se încadrează în transportul urban feroviar de persoane pe șine, metrourile ușoare circulând atât în subteran, cât și la suprafață.

\_\_\_\_\_ a solicitat prin contestația depusă la CNSC înainte de data limita de depunere a ofertelor corectarea sintagmei „pentru transportul urban de călători” în sensul înlocuirii acesteia cu una din expresiile „pentru transportul urban de călători pe șine” sau „pentru transportul urban pe șine”, având în vedere că doar variantele propuse ar putea avea legătură cu obiectul contractului și cu celelalte dispoziții ale caietului de sarcini. Sintagma folosită de Achizitor este, probabil, o eroare de redactare, iar în caz contrar, are un caracter mult prea general (incluzând și vehicule rutiere), depășind cu mult obiectul contractului ce se dorește a fi atribuit.

Urmare a luării la cunoștință a Deciziei CNSC nr. 1459/C5/1414/1428/1429 din data de 20.08.2020, autoritatea contractantă a fost de acord cu modificarea sintagmei „pentru

transport urban de călători" în sensul înlocuirii acesteia cu sintagma „pentru transportul urban pe șine”, publicând astfel măsuri de remediere.

Transportul urban pe șine se caracterizează prin numărul foarte mare de călători pe care îi deplasează pe distanțe relativ scurte, cu o viteză cât mai mare. Vehiculele folosite asigură un flux de urcare-coborâre a călătorilor relativ mare, într-un interval cât mai scurt de timp, în scopul reducerii timpilor de staționare, ceea ce implicit conduce la creșterea vitezei comerciale. De aceea a considerat ca atât tramvaiul, cât și metroul ușor corespund acestor cerințe.

Principalele asemănări între cele 2 ar fi: aparatul de rulare, suspensia, șasiul și cutia (spațiul destinat călătorilor), captatorii de curent, sistemul de frânare, motoarele, rezistențele de pornire și frânare.

Se consideră transport public local de călători și transportul special urban și suburban de persoane, efectuat prin curse regulate, dacă întrunește următoarele condiții:

a) este efectuat pe teritoriul unei localități urbane sau rurale, precum și între localitatea respectivă și localitățile limitrofe;

b) se execută pe rute și cu frecvențe prestabilite, iar călătorii sunt îmbarcați sau debarcați în puncte de oprire fixe;

c) se percepe un tarif de transport, încasat de operatorul de transport, prin care se asigură transportul unor grupuri de persoane sau de persoane determinate.

Conform art.5 alin.(1) din Instrucțiunea ANAP nr.2/2017: „Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului”.

Astfel, conform REGULAMENTUL (CE) nr. 1192/2003 AL COMISIEI din 3 iulie 2003 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 91/2003 al Parlamentului European și al Consiliului privind statisticile din transportul feroviar:

«metrou» (cunoscut și ca «tren subteran» sau «tren metropolitan») înseamnă o cale ferată electrică pentru transportul de călători, care are capacitate pentru un volum ridicat de trafic și care se caracterizează prin drept de trecere exclusiv, garnituri formate din mai multe vagoane, viteză ridicată și accelerare rapidă, semnalizare sofisticată, precum și absența pasajelor de nivel pentru, ceea ce permite o frecvență ridicată a trenurilor și o frecvență ridicată de ocupare a peronului. De asemenea, metrourele se caracterizează prin stații aflate la distanțe mici, ceea ce în mod normal înseamnă o distanță de 700 până la 1200 m între stații. «Viteza mare» se referă la comparația cu tramvaiele și metroul ușor, aici însemnând între 30 și 40 km/h pe distanțe mai mici și între 40 și 70 km/h pe distanțe mai mari;

«tramvai» înseamnă un vehicul rutier de călători destinat să transporte mai mult de nouă persoane (inclusiv vatmanul), conectat la conductori electrici sau propulsat de un motor diesel și care rulează pe șine;

«metrou ușor» înseamnă o cale ferată pentru transportul de călători care deseori utilizează vagoane cu propulsie electrică și rulare pe șine, care rulează izolat sau în trenuri scurte pe linii feroviare fixe duble. În general, distanța dintre stații/opriri este de sub 1 200 m. În comparație cu metrourele, metroul ușor are o construcție mai ușoară, este proiectat pentru volume de trafic mai scăzute și de obicei circulă cu viteze mai scăzute. Uneori este dificil să se distingă cu precizie între metroul ușor și tramvaie; în general, tramvaiele nu sunt separate de traficul rutier, în timp ce metroul ușor poate fi separat de alte sisteme;

A regăsit așadar similaritatea produselor mai sus definite, fiind mijloace de transport urban pe șine, așa cum sunt ele arătate și în Raportul special Eficacitatea proiectelor de transport public urban cofinanțate de UE, la pagina 5 punctul I - „în perioada 2000 - 2013, UE a alocat 10,7 miliarde de euro pentru a cofinanța proiecte care ajută orașele să introducă mijloace de transport urban, cum ar fi metroul, tramvaiul și autobuzele”.

Astfel, comisia de evaluare a considerat cerința îndeplinită.

> Totodată, în cuprinsul contestației, a susținut următoarele

« 26. în ceea ce privește Contractul menționat la punctul (ii) de mai sus pentru 31 tramvaie, a arătat că acesta nu se încadrează în perioada prevăzută de lege în care experiența este considerată relevantă.

Astfel, deși conform DUAЕ, contractul a fost finalizat în 16.10.2017, conform informațiilor din mass media (Anexa 7), T a livrat primul tramvai (pentru testări) în data de 23.03.2016, iar restul de 30 de tramvaie, erau deja livrate și operaționale în oraș în data de 26.04.2017. Prin urmare, pentru a avea tramvaiele deja operaționale, rezultă că acestea au fost complet recepționate până la acea dată.

Astfel, chiar și dacă ne raportăm la termenul inițial de depunere al ofertelor de 13.08.2020, rezultă că livrarea și recepționarea tramvaielor aferente acestui contract s-a făcut înainte de termenul de 3 ani anterior datei limită (chiar și inițiale) de depunere a ofertelor - ceea ce ar fi presupus ca recepția să fie făcută după 13.08.2017.

În plus, a arătat că, indiferent de cele menționate în documentul semnat de Bozankaya la 16.10.2017 (menționat în DUAЕ, document la care nu a avut acces), prevederea art. 13 (3) din Instrucțiunea 2/2017 vizează exclusiv contractele de servicii și lucrări, astfel încât nu poate fi extinsă pentru contractele de furnizare produse (cum e situația în speță).

Prin urmare, dacă s-a semnat un document potrivit căruia s-ar fi făcut o recepționare la data de 16.10.2017 (deși nu înțelege cum tramvaiele ar fi putut fi operate în oraș fără a fi recepționate, încă din aprilie 2017), respectivul document trebuie citit și interpretat exclusiv cu privire la produsele la care se referă, fără a fi posibilă luarea în calcul a întregului obiect al contractului, pentru determinarea experienței similare.

Se impune astfel, în primul rând, obligarea Autorității contractante la reevaluarea experienței similare a aferent contractului nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu din perspectiva determinării valorii experienței similare care poate fi luată în calcul de Autoritate, raportat la termenul de 3 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor.

Cât privește termenul de 3 ani pentru stabilirea experienței similare, a arătat că inițial, la punctul III.1.3.a) din Fișa de date (Capacitatea tehnica și/sau profesionala) - Anexa 1, s-a prevăzut, pentru experiența similară, faptul că ofertanții trebuiau să 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.

Ulterior, Fișa de date a fost modificată, prin Erata nr. (transmisă la publicare în 23.11.2020 și publicată în 27.11.2020.). Modificarea a stabilit limite valorice pentru experiența similară aferentă fiecărui lot, dar nu prevedea expres un termen de referință pentru prezentarea experienței similare.

A arătat în continuare că, în lipsa unei prevederi expres privind termenul cu privire la care se raportează experiența similară, urmează să se aplice termenul legal de 3 ani de la data limită de depunere a ofertelor.

A arătat, mai întâi, faptul că modificarea fișei de date (ce a dus la eliminarea termenului expres prevăzut anterior de 3 ani), a intervenit ca urmare a Deciziei Curții de Apel București nr. 1866/20.10.2020, pronunțată în Dosarul 4827/2/2020, care a stabilit la paginile 16-20, faptul că autoritatea trebuie să stabilească criteriile cantitative relevante pentru experiența similară.

Or, niciunde, Curtea de Apel nu a statuat faptul că se impune modificarea perioadei de referință pentru experiența similară. Din contră, la pagina 20 din decizia sus amintită, Curtea a arătat faptul că autoritatea contractantă, pentru a asigura faptul că nu se restricționează concurența, avea la dispoziție o serie de alte posibilități legale (față de opțiunea de a nu stabili o limită valorică per lot), inclusiv de extinde termenul de 3 ani. Curtea a făcut însă expres referire la prevederile art. 179 lit. b teza a doua din Legea 98/2019, arătând:

„Curtea subliniază ca, 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 ca sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urma



Potrivit art. 179 lit. b) din Legea 98/2016: „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; 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”.

Astfel, prevederea legală stabilește în mod clar că regula în materie este că experiența similară se raportează la ultimii 3 ani dinaintea datei limită de depunere a ofertelor, iar orice altă perioadă ce depășește 3 ani poate fi stabilită de autoritatea contractantă, doar în măsura în care consideră necesar în vederea asigurării unui nivel corespunzător de experiență. Această manifestare de voință a autorității contractante trebuie să fie expresă, fundamentată pe rațiuni de concurență și adusă la cunoștință tuturor ofertanților interesați prin mijloacele prevăzute de lege. În caz contrar, se va aplica regula generală și anume aceea că vor fi luate în considerare exclusiv livrările din ultimii 3 ani raportat la data limită de depunere a ofertelor. Orice interpretare contrară sau modificări implicite nu pot fi permise din rațiuni de transparență și predictibilitate pentru toți ofertanții interesați, care în lipsa oricărei mențiuni, prezumă (în deplină conformitate cu legea) că prevederile art. 179 din Legea 98/2016, vizând limitarea la termenul de 3 ani, sunt pe deplin aplicabile.

Acceptarea unor livrări mai vechi de 3 ani de către Autoritatea Contractantă dacă ar fi fost specificată în mod expres în SICAP și prezentată tuturor operatorilor economici interesați, ar fi fost de natură să permită accesul altor ofertanți la procedură, care în condițiile actuale nu au putut depune o ofertă. Lipsa unei prevederi exprese din Fișa de date nu echivalează că se aplică un termen nelimitat anterior sau un termen de 5 ani. Or, modificarea cerinței privind experiența similară nu se putea face în fază de evaluare și strict în ceea ce privește oferta și trebuia adusă la cunoștința tuturor celor interesați în mod transparent și în termen util.

Mai mult, conform art. 8 (5) din Instrucțiunea 2/2017, dacă ar fi dorit să utilizeze un termen mai mare de 3 ani, autoritatea avea obligația de a prezenta aceste argumente la nivelul strategiei de contractare.

În cazul Procedurii, a arătat că, deși Fișa de date (astfel cum a fost modificată) nu mai prevedea în mod expres cerința ca experiența similară să fi fost dobândită în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limită pentru depunerea ofertelor, această condiție subsistă în baza prevederilor legale aplicabile citate mai sus și se aplică atât timp cât nu există o manifestare expresă de voință din partea Autorității Contractante fundamentată pe rațiuni de concurență (care oricum sunt inaplicabile în speța de față, existând pe piață suficienți operatori economici ce îndeplinesc cerința) și adusă la cunoștința operatorilor economici conform legii. Modificările implicite nu sunt permise în materia achizițiilor publice, iar orice derogare de la legislația aplicabilă trebuie să fie expresă și prezentată în mod transparent.

Or, în speța această manifestare de voință expresă în sensul derogării de la legislația aplicabilă, nu a avut loc. Autoritatea contractantă nu a decis și nici nu a informat corespunzător potențialii ofertanți, în condiții de transparență, cu privire la acceptarea unor livrări efectuate cu mai mult de 3 ani în urmă față de data limită de depunere a ofertelor. Prin urmare, condiția aplicabilă în cadrul Procedurii era aceea că sunt acceptate livrările de produse efectuate strict în ultimii 3 ani de la data limită de depunere a ofertelor.

Mai mult, după cum se observă și din documentele de calificare/DUAE, atât aceasta, cât și ofertantul Astra (ofertanții de pe locurile II și III și singurii declarați admisibili) au prezentat în susținerea experienței similare exclusiv produse livrate în ultimii 3 ani de la data depunerii ofertelor.

Prin urmare, având în vedere neîndeplinirea cerinței privind livrările în cuantumul cerut pentru fiecare dintre Loturi în ultimii 3 ani dinaintea depunerii ofertelor, se impune

obligarea Autorității contractante la re-evaluarea experienței similare aferentă acestui contract, cu consecința excluderii acestuia din evaluarea experienței similare.

Mai mult, raportat la informațiile furnizate în DUAE, se impune obligarea Autorității contractante la reanalizarea motivelor de excludere a ofertantului I din perspectiva prevederilor art. 167 alin. 1 lit. i, care stabilesc faptul că Autoritatea exclude de la procedură:

i) operatorul economic [...] a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind [...] selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic. >>

> Prin raportare la argumentele MDLPA a învederat următoarele:

Prin anunțul de participare nr. autoritatea contractanta a enunțat cerința minimă de calificare privind capacitatea tehnică și/ sau profesională, după cum urmează:

”Loturile: 1,2,3,4

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat.

Experiența similară. Ofertanții să facă dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract.

Modalitatea de îndeplinire:

Informațiile se vor completa în DUAE, urmând ca documentele suport (certIFICATE/documente) să fie prezentate la solicitarea autorității contractante, ofertantului clasat pe primul loc, în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.”

Documentația de atribuire a fost contestată, sub acest aspect, de către operatorul economic PESA, precum și de către un alt operator economic participant la procedura de atribuire, în sensul în care autoritatea contractantă a fost prea permisivă, respectiv faptul că autoritatea contractantă nu a impus un nivel calitativ și/ sau cantitativ cu privire la experiența similară solicitată.

Urmare a analizării documentelor dosarului, Consiliul National pentru Soluționarea Contestațiilor a emis Decizia nr. 1459/C5/1414/1428/1429 din data de 20.08.2020 prin care a hotărât ca cerința de calificare este corect enunțată, având în vedere argumentul adus de autoritatea contractantă pentru asigurarea unei concurențe adecvate, prin urmare a dispus continuarea procedurii de atribuire.

Împotriva Deciziei CNSC a fost depusa plângere la Curtea de Apel București, care, prin Hotărârea nr. 1866/2020 din data de 20.10.2020, a statuat cu privire la acest aspect, astfel:

„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 (fără a se impune o anumită valoare sau un anumit număr de produse livrate sau alt criteriu de cuantificare a potențialului tehnic sub aspect calitativ și cantitativ) (...) 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 autorității contractante 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 procedura a cât mai multor operatori economici.”

Curtea subliniază ca, 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”.

Astfel, analizând cele dispuse de către instanță, aceasta a apreciat că se impune stabilirea unui nivel calitativ și cantitativ cu privire la experiența similară, însă a indicat autorității contractante modalitatea prin care poate fi asigurată o concurență adecvată, respectiv prin trimiterea la excepția stabilită de teza a doua a articolului 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice - acceptarea ca experiență similară și a contractelor de furnizare pentru a căror livrări s-au realizat într-un termen ce depășește limita de 3 ani reglementată prin legislație.

Prin urmare, punând în practică, întocmai, Hotărârea Curții de Apel, autoritatea contractantă a adoptat măsurile de remediere cu privire la procedura de atribuire, pe care le-a publicat în SEAP prin adresa nr. 157802/23.11.2020, după obținerea avizului conform necondiționat emis de ANAP.

Astfel, potrivit documentului publicat, cerința de calificare a fost modificată, după cum urmează:

„1. În ceea ce privește aspectul ce vizează: experiența similară.

Autoritatea contractantă modifică cerința fișei de date, astfel:

La punctul III. 1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: În loc de: Loturile: 1,2,3,4

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat  
Experiența similară. Ofertanții să facă dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract.

Modalitatea de îndeplinire:

Informațiile se vor completa în DUAE, urmând ca documentele suport (certIFICATE/documente) să fie prezentate la solicitarea autorității contractante, ofertantului clasat pe primul loc, în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Se va citi:

Loturile: 1,2,3,4

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat  
Experiența similară.

În funcție de lotul oferat, ofertanții să facă dovada livrării de produse similare (pentru transportul urban pe șine) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici, a căror valoare cumulată a fost de minim:

Lotul 1- 50 000 000 lei fara TVA Lotul 2- 10 000 000 lei fara TVA Lotul 3- 5 000 000 lei fara TVA Lotul 4 5 000 000 lei fara TVA

Modalitatea de îndeplinire:

Informațiile se vor completa în DUAE, urmând ca documentele suport (certIFICATE/documente) să fie prezentate la solicitarea autorității contractante, ofertantului clasat pe primul loc, în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor."

În cazul în care operatorul economic avea neclarități cu privire la modalitatea de reformulare a cerinței privind capacitatea tehnică - experiența similară, putea transmite autorității contractante o solicitare de clarificare, în termenul stabilit, înainte de depunerea ofertelor, ori se putea adresa CNSC, în termen de 10 zile de la publicarea documentului de SEAP. A menționat că în aceste intervale, nu a sesizat nici autoritatea, nici Consiliul referitor la o posibilă neconcordanță/ lacună cu privire la enunțarea cerinței, motiv pentru care considera tardivă manifestarea sub acest aspect, comisia de evaluare având obligația, ca în procesul de evaluare, să respecte cerințele și specificațiile documentației de atribuire, așa cum au fost publicate pe SEAP, și nu bazate pe supoziții/ interpretări.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu a justificat în strategia de contractare necesitatea acordării unui termen mai mare de 3 ani, înainte de data depunerii ofertelor, pentru dovedirea experienței similare, atragem atenția că strategia de contractare este un document anexat documentației de atribuire, înainte de publicarea acesteia pe SEAP, și care nu este vizibil operatorilor economici, iar Hotărârea Curții de Apel a fost pronunțată ulterior acestui moment, caz în care, din punct de vedere procedural, autoritatea contractantă nu mai putea să aducă modificări strategiei de contractare.

În acest sens, autoritatea contractantă a pus în aplicare prevederile art. 6 alin. (1) lit. c) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

(1) Autoritatea/Entitatea contractantă are următoarele variante de formulare a cerinței legate de numărul minim (un contract)/maxim de contracte, în relația cu un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, excepția menționată la art. 3 alin. (4) fiind aplicabilă după caz:

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

Așa cum a arătat mai sus, în ceea ce privește Contractul nr. 2014/17532, obiectul contractului a fost executat de către

ca furnizor unic, acesta fiind cuantificat în integralitate pentru dovedirea experienței similare a ofertantului, prin aplicarea în mod corespunzător a cerinței de calificare, enunțată conform Hotărârii Curții de Apel.

Prețul total al Contractului 2014/17532 nu include TVA și este în valoare de 43.905.400 euro.

Pondere de preț aferentă este de 100%.

Bozankaya a fost responsabilă de executarea tuturor activităților prevăzute în Contractul nr. 2014/17532 pentru furnizarea a 31 de tramvaie cu planșeu jos (low floor) cu dimensiunea de 33, respectiv proiectarea, execuția, asamblarea, testarea, livrarea, întreținerea și repararea tramvaielor.

Urmare a celor declarate mai sus, comisia de evaluare a considerat cerința privind experiența similară a ofertantului îndeplinită chiar și pe baza contractului nr.2014/17532/14.11.2014, în condițiile în care nu ar fi luat în calcul contractul BTSC SEE 49208. W000/01.09.2015.

> Privitor (a punctul "IV" din contestație, la care a susținut că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit conformitatea ofertei în ceea ce privește lista materialelor periculoase:

« 40. Potrivit pct. 6.2 din Caietul de sarcini: „Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.” Mai mult, Autoritatea contractantă a confirmat inclusiv prin răspunsurile la solicitările de clarificări că își menține cerința privind materialele periculoase (inclusiv în ceea ce privește specificarea producătorului acestora).

Potrivit solicitării de clarificări nr. 39667/30.03.2021, pct. 9, rezultă că ofertantul a declarat în oferta acestuia că: Materialele nu se încadrează la categoria de materiale periculoase cf. definiției date de UNIFE („...”).

Față de această declarație, Autoritatea contractantă a revenit către cu solicitarea fermă ca aceasta să indice „unde în cadrul propunerii tehnice depuse se regăsește lista tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor etc.” și să detalieze „informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare”.

Astfel, rezultă cu claritate faptul că, deși a declarat expres că nu folosește materiale periculoase și a indicat către declarația depusă în acest sens. Autoritatea contractantă a insistat ca acest ofertant să indice locul în cadrul propunerii tehnice unde această listă se regăsește.

Motivul acestei solicitări (în pofida declarației i) este faptul că producția unui tramvai modern conform specificațiilor Caietului de Sarcini nu se poate efectua fără utilizarea materialelor periculoase.

A arătat, cu titlu de exemplu, că orice tramvai care este dotat cu un sistem de aer condiționat conține un agent de răcire ce are în compoziția sa materiale periculoase, cum ar fi Tetrafluoroetan, Difluorometan și Pentafluoroetan în compoziții variate. Aceste gaze lichefiate sunt de natură să provoace arsuri, asfixiere, pierderea mobilități etc.

De asemenea, bateriile de acumulatori (obligatorii potrivit pct. 8.5 din Caietul de Sarcini) conțin electroliți (KOH, LiOH, Ni(OH)<sub>2</sub>, Cd(OH)<sub>2</sub>) - materiale periculoase care pot provoca arsuri grave la nivelul ochilor și pielii, riscuri de incendiu sau explozie etc.

Alte materiale periculoase care se regăsesc în producție sunt uleiurile sintetice ce se regăsesc în transmisia de acționare (potrivit pct. 8.4.1 din Caietul de Sarcini), care pot provoca iritații grave și reacții alergice.

Toate componentele indicate mai sus sunt incluse în tramvaiele produse și trebuiau incluse în lista materialelor periculoase (cu indicarea substanței și a compoziției acesteia, a producătorului, a locului de utilizare, a naturii pericolului, metodele de depozitare și reciclare etc.).

Este evident din oferta [redacted] (citată în cuprinsul solicitării de clarificări 39667/30.03.2021) că această listă a materialelor periculoase lipsește din oferta, deși ea a fost expres solicitată prin Caietul de sarcini. Întrucât [redacted] a ales în mod eronat să se raporteze la definițiile UNIFE, care aparent îi permit să nu declare materialele periculoase folosite. Or, aceste definiții nu au forță obligatorie și nu pot drept temei pentru susținerile eronate și neconforme ale

UNIFE este o asociație privată a operatorilor economici din domeniul feroviar ce activează în Uniunea Europeană. UNIFE nu este un organism legislativ și nu are capacitatea de a emite norme/standarde cu forță obligatorie, în special unele care să deroge (!) de la acte normative cu caracter obligatoriu la nivel european. Competențele UNIFE sunt limitate la emiterea de recomandări/propuneri și nicidecum a unor definiții/standarde obligatorii. Oricum, cerința din Caietul de sarcini era una clară și anume aceea de a depune lista materialelor periculoase (cu toate detaliile solicitate) și, prin urmare, era obligatorie pentru toți ofertanții.

Mai mult decât atât, lista materialelor periculoase ar fi trebuit declarată în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 1272/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 decembrie 2008 privind clasificarea, etichetarea și ambalarea substanțelor și a amestecurilor, de modificare și de abrogare a Directivelor 67/548/CEE și 1999/45/CE, precum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1907/2006, Regulament care este obligatoriu și în funcție de care se realizează clasificarea materialelor periculoase. Acest Regulament include componentele menționate mai sus care se regăsesc în orice tramvai în lista materialelor periculoase.

Prin urmare, în aceste condiții, rezultă că oferta [redacted] nu îndeplinește cerința din Caietul de Sarcini privind depunerea listei de materiale periculoase, fapt ce impune sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016: „(5) Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.” Și potrivit art. 137 alin. (3) din HG 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”. »

> Prin raportare la cele sus menționate, MDLPA a învederat următoarele:

Comisia de evaluare analizând oferta [redacted], a regăsit în cadrul formularului de propunere tehnică (la pag. 16) asumarea cerințelor solicitate în capitolul 6.2 al caietului de sarcini astfel:

Materialele utilizate respectă condițiile de protecție incidente și nu sunt din categoria materialelor periculoase așa cum sunt definite de UNIFE (Union of European Railway Industries). Materialele utilizate se încadrează în prescripțiile internaționale privind reciclarea, așa cum sunt ele prevăzute în Directiva cadru 2007/46/CE [95].

Că documente justificative, se atașează în anexa formularului de ofertă D18 Declarație materiale periculoase, din care reiese faptul că ofertantul își asumă că materialele folosite la producția tramvaielor oferite se conformează cerințelor standardului EN 45545-2 HL 1 și nu se încadrează în categoria de materiale periculoase conform definiției date de UNIFE, iar

acestea se vor încadra în prescripțiile internaționale privind reciclarea, așa cum sunt ele prevăzute în Directiva cadru 2007/46/CE [95].

Potrivit caietului de sarcini, „în cazul în care nu pot fi depuse la ofertare, se acceptă ca buletinele de încercări emise de laboratoare autorizate U.E., sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România să fie prezentate Beneficiarului odată cu livrarea primului tramvai, cu mențiunea că ofertantul va depune la ofertare o Declarație pe propria răspundere prin care își asumă prezentarea buletinelor de încercări.”

Ofertantul atașează ofertei tehnice la pag. 241-248 buletinele de încercări privind cablajele, iar în declarația sus menționată își asumă prezentarea până la livrarea primului tramvai a buletinelor de încercări emise de laboratoare autorizate UE sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România, conform cerințelor caietului de sarcini, capitolul 6.2.

Referitor la susținerile „...”, a menționat că acesta face o confuzie cu privire la materialele periculoase, deoarece exemplele identificate în contestație se referă la „Motoare electrice de tracțiune”, la „Sistemul de aer condiționat”, componente care fac obiectul capitolului 8.5 Bateriile de acumulatori și 8.4.1 Motoarele electrice de tracțiune și NU capitolului 6.2. Materiale.

Este clar faptul că acea declarație trebuie prezentată pentru justificarea îndeplinirii cerințelor de la capitolul 6.2 și nu a capitolului 8.5, 8.4.1, așa cum insinuează în mod eronat „...”, deoarece capitolul 6.2 face referire în principal la materiale utilizate la amenajarea interioară a compartimentului pentru călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice.

Mai mult, „...” și-a asumat prezentarea buletinelor de încercări solicitate la capitolul respectiv înainte de livrarea primului tramvai, asumându-și faptul că acele buletine vor respecta cerințele caietului de sarcini, precum și declarația ofertantului (D18). drept urmare comisia de evaluare nu poate valida cele declarate de contestator, motivat de faptul că oferta Bozankaya este fundamentată și susținută de documente sub acest aspect.

Astfel, comisia de evaluare a considerat cerința îndeplinită.

> Privitor la punctul „V” din contestație, la care „...” a susținut că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit conformitatea ofertei „...” în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte:

« 53. Potrivit pct. 7.1.7 din Caietul de sarcini: „Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Ofertantul va furniza nomenclatorul de defecte.”

54. Potrivit solicitării de clarificări nr. 90634/28.07.2021, rezultă că ofertantul a declarat în oferta depusă că: „pentru fiecare clasă de eșec detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului”. Astfel, prin solicitarea de clarificări, Autoritatea contractantă a întrebat ofertantul cum consideră îndeplinită cerința, având în vedere declarațiile acestuia din Enclosure 17 la ofertă.

55. Din modul în care este formulată întrebarea raportat la declarații rezultă că această cerință nu putea fi îndeplinită corespunzător. Atât timp cât ofertantul a declarat în mod expres că detaliile listei de defecte vor fi stabilite după aprobarea clientului, adică a Autorității contractante, rezultă că „...” a omis să depună odată cu oferta descrierea sistemului de diagnosticare (cu text, în limba română sau pictograme) și a omis să transmită nomenclatorul de defecte.

56. Or, având în vedere că aceasta a fost o cerință expresă a Caietului de sarcini, neîndeplinirea ei conduce la respingerea ofertei ca neconformă în baza art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016: „(5) Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută.” și în baza art. 137 alin. (3) din HG 395/2016: „în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”»

> Prin raportare la cele sus menționate, MDLPA a învederat următoarele:

În conformitate cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Așadar, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări unui ofertant pentru aspecte care îi sunt neclare, iar acest lucru nu înseamnă că acel ofertant nu ar fi îndeplinit cerința nedepunând documentele solicitate în oferta sa inițială.

Acuzațiile contestatorului se bazează pe presupuneri ale sale, neavând acces la răspunsul dat de către ofertantul \_\_\_\_\_ la adresa de clarificări a autorității contractante, oferta fiind declarată în integralitate confidențială.

Urmare a analizării ofertei \_\_\_\_\_ a, Comisia de evaluare a regăsit în cadrul ofertei la pag. 307-308 din fișierul Anexa propunere tehnica\_vFinal-signed, Enclosure 17\_RO Nomenclatura defecțiunilor - clasa de defecțiune.

Totodată, la pag. 34 a formularului de ofertă prezentat de \_\_\_\_\_, se regăsește asumarea cerinței solicitată în caietul de sarcini astfel: „Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Se va furniza nomenclatorul de defecte.”

Prin solicitarea de clarificări la care face referire contestatorul, comisia de evaluare a urmărit să clarifice aspectele legate de semnificația claselor de defecțiune A, B și C, iar prin răspunsul său, ofertantul a clarificat exact acest aspect.

În documentul Enclosure 17 din anexa tehnică, principalele tipuri de defecte sunt clasificate ca fiind de tip A, B și C, fiecărei clase de mesaj text afișat pe display-ul de la bord fiindu-i specifică o culoare pentru identificare vizuală rapidă.

Clasele A și B sunt aferente defectelor grave (tramvaiului nu îi este permisă deplasarea/pasagerii trebuie să coboare din tramvai/tramvaiul trebuie să fie adus la depou), care pot concura la siguranța circulației și pasagerilor, iar clasa C este aferentă defectelor curente (tramvaiului îi este permisă continuarea deplasării, fără a necesita întoarcerea la depou).

Computerul de bord cu afișaj digital multifuncțional (identificat în anexa tehnică HMI) - pag 125, 127, prin funcția de diagnosticare la bord OBD va afișa pe display parametrii de funcționare și va semnaliza defecțiunile apărute în timpul funcționării tramvaielor pentru toate sistemele monitorizate și va indica defecțiunile sistemelor de siguranță în trafic - a se vedea pag 125 din anexa tehnică (fotografie panou central - monitor CCTV split și display-ul HMI cu meniul aplicației multifuncționale).

Vatmanul este avertizat optic și acustic în cazul în care valorile parametrilor de funcționare nu sunt optime. Parametrii critici (supra-temperatura motoarelor electrice de tracțiune, supra-temperatura inverterului, sursa statică, supraîncălzirea încălzitoarelor de aer etc.) vor fi stocați în ESR (Event Static Recorder) pentru ultimii 1000 km de funcționare și pot fi descărcați în computerele industriale de la depou/dispecerat, pentru analiza personalului tehnic al utilizatorului.

Autodiagnosticarea la bord OBD va fi efectuată prin intermediul sistemului electronic de gestionare a tramvaielor (Enclosure 21 - pag 283 document în limba engleză și pag. 295 - traducerea în lb. Română).

În anexa tehnică, defecțiunile sunt prezentate pe clase și tipuri de culori asociate mesajelor de tip text afișate la bord:

Defecțiunea de tip A este descrisă ca defecțiune majoră care necesită întreruperea operării și tractarea de urgență la depou (de ex. defecțiuni ale manetei de accelerație, ale sistemului de frânare, a inverterului, CANBUS, HSCB etc), iar avertismentul de la bord va fi sub formă de text de culoare roșie.

Defecțiunea de tip B este descrisă ca defecțiunea gravă (defecțiuni ale ușilor, instalației de nisipare, spargerea geamurilor cabinei vatmanului/compartimentului pasagerilor, instalației de semnalizare, a unităților de ventilație, defecțiuni ale sistemului de informații



despre pasageri, etc) care necesită evacuarea pasagerilor la prima stație și reîntoarcerea la depou, iar avertismentul de la bord va fi sub formă de text de culoare galbenă.

Defecțiunea de tip C este descrisă ca defecțiune minoră (defecțiuni ale încălzitoarelor de podea, ale sistemului de afișaj interior, încărcătoarelor USB etc) și avertismentul de la bord va fi sub formă de text verde.

Acestea sunt defecțiuni care nu afectează executarea la timp a unei călătorii programate, nu sunt clasificate ca defecțiuni majore și mari, dar necesită mentenanța corectivă la întoarcerea în depou.

În secțiunea specifică „Evenimente” a aplicației din HMI, pot fi accesate toate mesajele de eroare, listate pe coduri de culoare și data la care au survenit.

Accesul la computerul de bord se face pe 2 nivele autorizate pe bază de parolă/cod (administrator și vatman), iar vatmanul nu are acces la reglajul parametrilor critici și la resetarea defectelor memorate.

Software-ului computerului de bord are o interfață pentru utilizator ușor accesibilă, iar meniul va fi în limba română.

Nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate.

Este menționat în Enclosure 17, că lista integrală cu mesajele textelor aferente defecțiunilor va fi implementată în sistem după aprobarea UAT-ului beneficiar, deoarece: ale utilizatorului (layout afișaj/număr de module afișate pe pagina, culoare afișaj sau text mesaje etc). Raportat la experiența noastră, tramvaiele livrate în contractele anterioare și curente au avut interfața ușor diferită, adaptată la cerințele și nevoile specifice (mod de afișaj complex/simplificat, mesaje de eroare cu text scurt sau mai complex, alte coduri de culoare decât cele standard etc) pentru a asigura personalului operativ al utilizatorului confortul optim în operarea zilnică a tramvaielor.

În anexa tehnică (la pag. 319), în cadrul tematicii de instruire a personalului autorizat al beneficiarului sunt alocate sesiuni specifice de instruire pentru afișaj și identificare erori.

Astfel, comisia de evaluare a considerat cerința îndeplinită.

Având în vedere cele sus menționate, a solicitat să se ia act de apărările formulate de MDLPA prin prezenta, precum și de punctul său de vedere nr.113506/24.09.2021 transmis către CNSC.

În drept, dispozițiile art.31 alin.(2) din Legea nr. 101/2016.

În baza dispozițiilor art.223 coroborat cu art.411 din Codul de procedură civilă a solicitat judecarea cauzei și în lipsă.

....., în temeiul dispozițiilor art. 30 și urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, a formulat prezenta **întâmpinare**, prin care a solicitat:

(i) respingerea Plângerii formulată de ..... în Dosarul 7413/2/2021 ca neîntemeiată și menținerea deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 în partea care privește obligarea Autorității contractante la re-evaluarea ofertei .....

(ii) obligarea petentei ..... la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei Plângeri, pentru următoarele motive:

I. Succintă prezentare a situației de fapt

În data de 07.07.2020, Autoritatea Contractantă a publicat în SICAP anunțul de participare nr. .... cu privire la procedura de atribuire prin licitație deschisă on-line având ca obiect atribuirea contractului privind achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18m destinate transportului public de calatori. Procedura a fost împărțită în 4 loturi: Lot 1 - i, Lot 2 - N ..... a, Lot 3 - ..... i. Lot 4 -

În urma evaluării ofertelor depuse de către operatorii economici interesați și verificării documentelor suport/dovezilor prezentate de ofertantul ..... comisia de evaluare a constatat ca oferta ..... a obținut cel mai mare punctaj, iar informațiile preliminare din DUAЕ sunt dovedite, astfel încât acest ofertant a fost declarat câștigător al Procedurii.

Față de acest rezultat al procedurii, Pesa, ofertantul de pe locul 2, a formulat contestație, soluționată prin Decizia CNSC, motivându-și contestația pe aspecte ce țin de neconformitatea ofertei tehnice a \_\_\_\_\_, cât și pe aspecte ce țin de motivele de excludere ce sunt incidente în cazul \_\_\_\_\_.

Prin această decizie, CNSC:

- pe de o parte, în mod corect, a admis în parte contestația să dispunând anularea Raportului Procedurii în partea referitoare la evaluarea ofertei tehnice a \_\_\_\_\_, având în vedere faptul că din oferta \_\_\_\_\_ au lipsit documente cerute în mod obligatoriu prin Caietul de sarcini - lista materialelor periculoase utilizate în producția tramvaiului și nomenclatorul de defecte; astfel CNSC a obligat Autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Bozankaya pentru toate cele 4 Loturi cu respectarea Deciziei CNSC;

- pe de altă parte, a respins în parte contestația să în partea referitoare la incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016, precum și în partea referitoare la neîndeplinirea cerințelor privind experiența similară de către \_\_\_\_\_ aspecte ce fac obiectul Dosarului 7415/2/2021 de pe rolul Curții de Apel București.

A detaliat în cele de urmează elementele ce susțin legalitatea și temeinicia Deciziei

CNSC în partea referitoare la obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei tehnice a \_\_\_\_\_ și care, în consecință, impun menținerea Deciziei CNSC în partea referitoare la această reevaluare.

Încă din prezentarea situației de fapt, \_\_\_\_\_ încearcă să inducă în eroare instanța și susține că aceasta ar fi folosit în contestația să „Informații care nu au fost verificate și validate” precum și „raționamente pentru care nu am adus nicio probă”. A solicitat să se constate faptul că, pe lângă faptul că aceasta a motivat și probat fiecare element din contestație, analiza de către CNSC a prezenței sau a lipsei unor documente obligatorii din oferta tehnică a unui operator economic este o analiză pragmatică, obiectivă, în sensul că fie acel document se regăsește, fie nu se regăsește în ofertă astfel cum stabilește Caietul de Sarcini. Or, având la dispoziție argumentele părților, precum și întreaga ofertă a ofertantului \_\_\_\_\_ pe care a analizat-o, CNSC a decis în sensul reevaluării ofertei \_\_\_\_\_ pentru lipsa unor documente cerute expres prin Caietul de sarcini.

\_\_\_\_\_ a de asemenea denaturează argumentele CNSC în pronunțarea Deciziei în partea privitoare la oferta tehnică \_\_\_\_\_. A arătat că Decizia CNSC s-a fundamentat pe următoarele argumentele principale:

- Cu privire la lista materialelor periculoase: prevederile Caietului de Sarcini prevedeau în mod expres obligativitatea prezentării listei materialelor periculoase utilizate în producția tramvaiului, document nedepus de \_\_\_\_\_ așa cum a susținut chiar aceasta în cererea de intervenție depusă în fața CNSC, întrucât în opinia \_\_\_\_\_ (a (din cererea de intervenție):

(i) lista materialelor periculoase nu se impunea a fi depusă decât în ceea ce privește materialele utilizate la amenajarea Interioară a compartimentului pentru călători (interpretare analizată de CNSC și calificată în mod corect drept vădit eronată);

(ii) aceste materiale utilizate exclusiv în compartimentul pentru călători, nu reprezintă materiale periculoase conform definițiilor UNIFE (definiții alese în mod arbitrar de Bozankaya pentru a-și justifica punctul de vedere).

CNSC astfel a determinat pe baza răspunsurilor la clarificări din oferta \_\_\_\_\_ și pe baza susținerilor din cererea de intervenție depusă de \_\_\_\_\_ că:

(i) lista materialelor periculoase ar fi trebui să aibă în vedere întreg ansamblul componentelor tramvaiului (iar nu limitativ compartimentul pentru călători, cabina de conducere și instalațiile electrice, așa cum a interpretat Bozankaya cerința) și

(ii) \_\_\_\_\_ a negat în mod nejustificat necesitatea depunerii listei solicitate prin Caietul de sarcini prin invocarea reglementărilor UNIFE care nu erau în niciun fel menționate în Caietul de sarcini și care nu au nicio valoare obligatorie.

- Cu privire la nomenclatorul de defecte: din moment ce \_\_\_\_\_ a precizat expres în răspunsurile la solicitările de clarificări că va depune nomenclatorul de defecte în limba

română odată cu primul tramvai livrat, fapt nepermis de Caietul de sarcini, care impunea prezentarea acestuia odată cu oferta, rezultă fără dubiu că nu a îndeplinit cerința în cauză.

A arătat în continuare că Decizia CNSC este legală și temeinică, fiind pronunțată în deplină conformitate cu legislația achizițiilor publice.

Preliminar a arătat însă că, în cuprinsul Plângerii, după cum va detalia în cele ce urmează, Bozankaya aduce argumente complet noi față de cele menționate în Cererea de intervenție, motiv pentru care a solicitat respingerea acestora drept inadmisibile.

II. Cu privire la legalitatea și temeinicia Deciziei CNSC în ceea ce privește lipsa listei materialelor periculoase:

A arătat că [redacted] vine în cadrul Plângerii cu argumente noi, diferite față de cele din cadrul cererii de intervenție - schimbându-și poziția și apărările prezentate în fața CNSC probabil în încercarea de a-și justifica în orice mod lipsurile din ofertă. Va trata în cele ce urmează atât prefinsele critici cu privire la legalitatea Deciziei CNSC, cât și cu privire la temeinicia acestora.

Cu titlu preliminar, a arătat că, deși în fața CNSC, [redacted] susținea că cerința privind lista materialelor periculoase se referea exclusiv la materialele utilizate la amenajarea interioară a cabinelor (extras mai jos), acesta fiind motivul pentru care aceasta a susținut atât în ofertă și în răspunsurile la clarificări ca nu folosește materiale periculoase, pare că, prin Plângerea formulată în fața instanței [redacted] a abandonat acest raționament (care de altfel, a fost reiterat în fața CNSC în repetate rânduri și cu privire la care CNSC a stabilit în mod expres în hotărâre că este rezultatul unei interpretări eronate a prevederilor Caietului de Sarcini atât a Autorității contractante, cât și a [redacted]), părănd să invoce acum faptul că nu ar folosi deloc materiale periculoase. Mai jos extras din Cererea de intervenție a [redacted]

(IOS) în ciuda faptului cerința G.2. - Materiale Invocată de [redacted] se referă doar la designul Interior al tramvaielor inclusiv la compartimentul de pasageri, cabina vatmanului și firele electrice, va clarifica în cele ce urmează exemplele oferite în mod eronat de [redacted]

A arătat la acel moment că cerința nu este restrictivă în sensul limitării acestei liste strict la compartimentul de călători, cabina de conducere și instalații electrice, ci se referă în mod evident la toate componentele unui tramvai, fie acestea izolate sau nu, fapt confirmat și de CNSC, care a stabilit că atât interpretarea Autorității contractante în acest sens, cât și a Bozankaya, nu au niciun fundament în Caietul de sarcini.

A arătat și că motivarea CNSC în ceea ce privește acest capăt de cerere a fost realizată prin raportare la argumentele invocate de părți - atât timp cât [redacted] a susținut în fața CNSC că nu a depus lista materialelor periculoase pe motiv că nu folosește asemenea materiale în compartimentele interioare ale tramvaielor, așa cum rezultă din cererea de intervenție, pe bună dreptate a stabilit CNSC că [redacted] nu a prezentat și nici nu oare că a avut în vedere materialele periculoase utilizate în întreaga producție a tramvaielor.

Același raționament se aplică și pentru interpretările eronate ale Autorității contractante, din moment ce aceasta a susținut în mod greșit în Punctul său de vedere (extras mai jos) că prevederile pct. 6.2 se refereau exclusiv la compartimentele interioare ale tramvaielor, în condițiile în care Caietul de sarcini era în mod evident nerrestrictiv, rezultă cu evidentă că evaluarea efectuată de către Autoritatea contractantă nu putea fi una conformă cu cerințele stabilite de aceasta în Caietul de sarcini, așa cum în mod corect a stabilit CNSC, aceasta fiind, de altfel, obligația impusă de lege și pe care comisia de evaluare a încălcat-o flagrant - obligația de a respecta cu exactitate prevederile Caietului de sarcini.

Este limpede de înțeles faptul că acea declarație trebuie prezentată pentru justificarea îndeplinirii cerințelor de la capitolul 6.2 și nu a capitolelor 8.5, 8.4.1, așa cum Insinuează în mod eronat contestatorul, deoarece capitolul 6.2 face referire în principal la materiale utilizate la amenajarea interioară a compartimentului pentru călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice.

Prin urmare, se impune a fi respinse criticile [redacted] referitoare la lipsa unei argumentații juridice conexe - faptul că argumentația CNSC nu este în acord cu propriile sale interpretări subiective, nu echivalează cu o lipsă a unei astfel de motivări a Deciziei

CNSC. Argumentația CNSC a fost una clară, concisă, care respectă rigorile Legii 101/2016 și ale Codului de procedură civilă. Astfel cum a stabilit și înalta Curte de Casație și Justiție în nenumărate cauze, motivarea unei hotărâri nu este o problemă de volum, ci una de esență, de conținut, aceasta trebuind să fie clară, concisă și concretă, în concordanță cu probele și actele de la dosar. Or, raportat la probele și susținerile din dosar, CNSC a pronunțat o decizie temeinică și fundamentată, astfel cum rezultă din argumentele de mai jos.

Limitele reevaluării au fost, de asemenea, stabilite în mod concret și precis, inclusiv măsurile ce se impun - re-evaluarea ofertei din perspectiva "analizei modului în care oferta în discuție îndeplinește prevederea caietului de sarcini de la pct. 6.2 din caietul de sarcini, referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor" (citată de la pagina 38 din Decizia CNSC). Nu înțelege ce alte detalii sau explicații suplimentare se aștepta să regăsească a în stabilirea limitelor reevaluării, cum de altfel nici aceasta nu precizează, limitându-se la a face afirmații abstracte și teoretice. A menționat în orice caz, că limitele reevaluării se impun a fi determinate, în mod evident, prin coroborarea tuturor argumentelor și motivelor reevaluării prezentate în motivarea Deciziei CNSC și nu exclusiv prin raportare la paragraful în care CNSC dispune reevaluarea.

Revenind la cerința relevantă din Caietul de Sarcini, arătăm că potrivit pct. 6.2 din Caietul de sarcini se solicita expres:

„Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.”

Mai mult, Autoritatea contractantă a confirmat inclusiv prin răspunsurile la solicitările de clarificare că își menține cerința privind materialele periculoase (inclusiv în ceea ce privește specificarea producătorului acestora).

Potrivit solicitării de clarificare nr. 39667/30.03.2021, pct. 9, transmisă Bozankaya de Autoritatea Contractantă în faza de evaluare a ofertelor, rezultă că ofertantul Bozankaya a declarat în oferta acestuia că: „Materialele nu se încadrează la categoria de materiale periculoase cf. definiției date de UNIFE (Union of European Railway Industries)”.

Față de această declarație, Autoritatea contractantă a revenit către Bozankaya cu adresa sus menționată, cu solicitarea fermă ca aceasta să indice „unde în cadrul propunerii tehnice depuse se regăsește lista tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor etc.” și să detalieze „informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare”.

Astfel, rezultă cu claritate faptul că, deși a declarat expres că nu folosește materiale periculoase și a indicat către declarația depusă în acest sens, Autoritatea contractantă a insistat ca acest ofertant să indice locul în cadrul propunerii tehnice unde această listă se regăsește, astfel cum în mod corect a sesizat și CNSC. La această solicitare de clarificare, prin justificările prezentate în baza definițiilor UNIFE, ofertantul a confirmat lipsa listei materialelor periculoase.

Însă, din cererea de intervenție, rezultă fără dubiu că interpretarea a fost aceea că această declarație a vizat strict compartimentul de călători, cabina de conducere și instalațiile electrice, așadar nu întreg tramvaiul.

Or, atât timp cât depunerea listei viza toate materialele folosite la întreg tramvaiul și era o cerință obligatorie a Autorității contractante, rezultă cu evidență faptul că aceasta NU putea lipsi din ofertă, cu atât mai mult în baza unor definiții incerte invocate de în susținerea argumentelor sale fără forță juridică obligatorie. Este evident că nu a depus lista materialelor periculoase (și nici declarație în sensul că nu ar folosi astfel de materiale) cu privire la toate materialele folosite în producerea tramvaiului.

Sunt de asemenea, lipsite de fundament argumentele Bozankaya potrivit cărora nu exista nici un alt mod de determinare a materialelor periculoase (prin referire la legislația română sau UE), alta decât definițiile UNIFE.

Așa cum a arătat în cadrul Contestației, lista materialelor periculoase ar fi trebuit declarată în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 1272/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 decembrie 2008 privind clasificarea, etichetarea și ambalarea substanțelor și a amestecurilor, de modificare și de abrogare a Directivelor 67/548/CEE și 1999/45/CE, precum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1907/2006, Regulament care este obligatoriu și în funcție de care se realizează clasificarea materialelor periculoase. Acest Regulament include componente care se regăsesc în orice tramvai în lista materialelor periculoase: cu titlu de exemplu, agenți de răcire/gaze lichefiate din sistemele de aer condiționat (Te- trafluoroetan, Difluorometan și Pentafluoroetan), electroliții din bateriile de acumulatori (KOH, LiOH, Ni(OH)<sub>2</sub>, Cd(OH)<sub>2</sub>), uleiuri sintetice din transmisia de acționare etc.

De altfel, raportat la acest act normativ Indicat de subscrisa, și CNSC a stabilit în mod corect că este imposibil ca un tramvai să nu conțină materiale periculoase conform standardelor europene Impuse prin Regulamentul invocat, astfel cum vom arăta mai jos. Această analiză însă nu a fost realizată pe baza „afirmației neprobate a contestatorului”, așa cum în mod eronat susține \_\_\_\_\_, ci pe baza standardelor europene invocate de aceasta în contestație și prin trimiterea la normele relevante, raportat la prevederile Caietului de sarcini.

Scopul și obiectul acestui Regulament European, cu aplicabilitate directă și în România este tocmai acela de a armoniza și de a stabili criteriile de clasificare a substanțelor, materialelor periculoase pe categorii, clase de pericol, precum și condițiile de ambalare și semnalizare a acestora. Prin urmare, este neîntemeiată susținerea \_\_\_\_\_ potrivit căreia se putea raporta exclusiv la definițiile UNIFE pentru a determina lista materialelor periculoase.

Nu pot fi primite nici argumentele \_\_\_\_\_ potrivit cărora definițiile UNIFE reprezintă uzanțe în sensul art. 1 Cod Civil și, prin urmare, pot fundamenta alegerea \_\_\_\_\_ a acestei surse de referință. Arătăm că potrivit art. 1 alin. (3) Cod civil: „(3) în materiile reglementate prin lege, uzanțele se aplică numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea.

Având în vedere că, raportat la Regulamentul (CE) nr. 1272/2008, clarificarea materialelor periculoase reprezintă o materie reglementată prin lege lato sensu, prin urmare uzanțele reprezentând definițiile UNIFE s-ar putea aplica numai în măsura în care acest Regulament ar trimite în mod expres la acestea. Or, la o simplă căutare în acest Regulament, a observat că acesta nu face nicio trimitere la UNIFE/Asociația Industriilor Feroviare Europene și la definițiile sale.

Prin urmare, așa cum în mod corect a dispus CNSC, se impun a fi respinse susținerile \_\_\_\_\_ privind aplicabilitatea bunelor practici stabilite de UNIFE în speța de față.

Oricum, aceste bune practici au altă sferă de aplicabilitate, așa cum rezultă chiar din argumentele \_\_\_\_\_ de la pag. 12 din Plângere. \_\_\_\_\_ a prezintă la paragraful c) obiectul Listei Substanțelor din Industria Feroviară, care este în realitate o încercare de sumarizare a substanțelor interzise pe teritoriul UE, așa cum rezultă din informațiile de pe site-ul UNIFE, și NU clasificarea materialelor periculoase.

În traducere, scopul Listei Substanțelor din Industria Feroviară este: „Obiectivul general al acestei baze de date este de a furniza informații furnizorilor și subfurnizorilor cu privire la materialele și substanțele care sunt interzise de legislația europeană și internațională. Lista definește și clasifică substanțele și, în plus, oferă locația în care trebuie luate în considerare restricțiile.”

Or, cerința nu a fost aceea de a preciza dacă se folosesc substanțe interzise, ci de a preciza care sunt materialele periculoase folosite, dintre cele care sunt permise și cărora li se aplică cerințe speciale de etichetare, folosire etc.

Oricum, \_\_\_\_\_ este o asociație privată a operatorilor economiei din domeniul feroviar ce activează în Uniunea Europeană, așa cum chiar Bozankaya prezintă la pag. 11 din

Plângere. UNIFE nu este un organism legislativ și nu are capacitatea de a emite norme/standarde cu forță obligatorie, în special unele care să deroge (!) de la acte normative cu caracter obligatoriu la nivel european. Competențele UNIFE sunt limitate la emiterea de recomandări/proponeri și niciodată a unor definiții/standarde obligatorii, cum de altfel recunoaște chiar [redacted] la paragraful d) de la pag. 12 din Plângere.

Față de această situație, revenind la motivarea CNSC, vedem că aceasta este una legală și corectă - pe de o parte, CNSC analizează și citează din oferta [redacted] și arată că, cel puțin la nivel formal, cerința pare a fi înțeleasă (acolo unde ofertantul declară că „Cerințele sunt înțelese și asumate. Materialele nu se încadrează la categoria materiale periculoase cf. definiție date de UNIFE dar concluzionează în mod întemeiat că, în realitate, prin trimiterea (nejustificată) la definițiile UNIFE, ofertantul neagă necesitatea depunerii listei materialelor periculoase.

Or, așa cum se poate observa din raționamentul CNSC - contrar celor susținute de [redacted], acesta face un examen efectiv al ofertei [redacted], al susținerilor acesteia din cererea de intervenție, al punctului de vedere al Autorității contractante, pentru a ajunge apoi la concluzia că se impune reanalizarea modului în care oferta [redacted] îndeplinește cerințele caietului de sarcini din perspectiva listei materialelor periculoase.

În ceea ce privește referința CNSC în sensul că este puțin probabil ca un tramvai să nu conțină materiale periculoase conform standardelor europene (în speță, Regulamentul (CE) nr. 1272/2008), acesta reprezintă respectarea prevederilor art. 127 alin. (1) lit. fi din HG 395/2016. CNSC nu se poate substitui Autorității contractante/comisiei de evaluare în această analiză și nici nu poate evalua oferta [redacted] a din acest punct de vedere. Ce a stabilit în mod corect CNSC este că:

- Autoritatea contractantă a acționat cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire atunci când a evaluat oferta [redacted] întrucât s-a raportat în mod evident doar la lista materialelor periculoase din compartimentele interioare (așa cum prezintă pe larg în punctul de vedere formulat în fața CNSC), contrar regulilor stabilite de pct. 6.2 din Caietul de sarcini, care se referă la lista materialelor periculoase folosite în întreaga producție a tramvaiului; și

- [redacted] s-a folosit în mod greșit de interpretări ale UNIFE ce nu a titlu obligatoriu și care nu pot fi acceptate în susținerea afirmației că NU folosește materiale periculoase în producția tramvaiului.

Prin urmare, în aceste condiții, în mod corect CNSC a dispus reevaluarea ofertei [redacted] cu luarea în calcul a regulilor stabilite prin documentația de atribuire de către Autoritatea contractantă. Astfel cum a arătat mai sus, din motivarea CNSC rezultă cu claritate faptul că CNSC a analizat argumentele tuturor părților, prevederile Caietului de sarcini și răspunsurile la clarificări, motivând clar și fără echivoc în sensul celor de mai sus.

Astfel, se impune menținerea deciziei CNSC astfel cum aceasta a fost pronunțată în ceea ce privește capătul de cerere referitor la neconformitatea ofertei [redacted] a motivată de lipsa listei materialelor periculoase, cu menținerea obligației Autorității contractante de reevaluare a ofertei [redacted] din perspectiva listei materialelor periculoase folosite în producția tramvaiului.

III. Cu privire la legalitatea și temeinicia Deciziei CNSC în ceea ce privește lipsa nomenclatorului de defecte în limba română:

Și cu privire la acest capăt de cerere, [redacted] încearcă să inducă în eroare instanța și invocă argumente noi, inadmisibile, construindu-și întreaga critică de nelegalitate și netemeinic pe detalii pe care nu le-a prezentat în fața CNSC, și care, oricum sunt nefundamentate, așa cum va arăta în continuare.

Potrivit pct. 7.1.7 din Caietul de sarcini: „Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau Pictograme și nu sub formă de cod de defect. Ofertantul va furniza nomenclatorul de defecte.”

Potrivit solicitării de clarificări nr. 90634/28.07.2021 adresată [redacted] de Autoritatea Contractantă în stadiul evaluării ofertelor, rezultă că ofertantul [redacted] a declarat în oferta depusă că: „pentru fiecare clasă de eșec detaliile listei de defecțiuni vor fi

stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului". Astfel, prin solicitarea de clarificări sus menționată, Autoritatea contractantă a întrebat ofertantul cum consideră îndeplinită cerința, având în vedere declarațiile acestuia din Enclosure 17 la ofertă.

Din modul în care este formulată întrebarea raportat la declarațiile 1, rezultă că această cerință nu a fost îndeplinită corespunzător. Atât timp cât ofertantul a declarat în mod expres că detaliile listei de defecte vor fi stabilite după aprobarea clientului, rezultă că a omis să depună odată cu oferta descrierea sistemului de diagnosticare (cu text, în limba română sau pictograme) și a omis să transmită nomenclatorul de defecte.

Acest lucru a fost recunoscut chiar de 1 în cuprinsul cererii de intervenție.

Niciunde în cererea de intervenție nu a menționat că ar fi depus vreun Nomenclator în cadrul ofertei.

În aceste condiții, CNSC a stabilit în mod corect că nomenclatorul de defecte în limba română trebuia prezentat la momentul depunerii ofertei. Față de această cerință a Caietului de sarcini, condiționarea îndeplinirii cerinței de desemnarea ofertei câștigătoare nu poate fi considerată conformă. Astfel, CNSC a stabilit că neconcludența răspunsului care a confirmat practic neîndeplinirea cerinței impunea respingerea ofertei ca neconformă.

Această motivare este pe larg fundamentată în Decizia CNSC, CNSC stabilind, prin analiza efectivă a tuturor argumentelor invocate de către părți (parcurend oferta argumentele din cererea de intervenție/punct de vedere, răspunsurile la clarificări etc.), obligațiile încălcate - prin trimitere la nerespectarea cerințelor din Caietul de sarcini și prin indicarea clară a temeiului legal - art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 care impune respingerea ofertei în cazul unui răspuns neconcludent.

Limitele reevaluării au fost, de asemenea, stabilite în mod concret și precis, inclusiv măsurile ce se impun - reevaluarea ofertei 1 din perspectiva neconcludenței răspunsului transmis la solicitarea de clarificări referitoare la nomenclatorul de defecte. Nu înțelegem ce alte detalii sau explicații suplimentare se aștepta să regăsească 1 în stabilirea limitelor reevaluării, cum de altfel nici aceasta nu precizează, limitându-se la a face afirmații abstracte și teoretice. A menționat în orice caz, că limitele reevaluării se impun a fi determinate, în mod evident, prin coroborarea tuturor argumentelor și motivelor reevaluării prezentate în motivarea Deciziei CNSC și nu exclusiv prin raportare la paragraful în care CNSC dispune reevaluarea.

Faptul că CNSC a interpretat situația de fapt în defavoarea Bozankaya, nu o îndreptățește să pretindă o nelegalitate a hotărârii CNSC, care a fost motivată în deplină conformitate cu prevederile legale. Rezultă, astfel cu evidență că și aceste critici de pretinsă nelegalitate ale Deciziei CNSC se impun a fi respinse.

De asemenea, în Plângerea formulată, prezintă situația de fapt într-o lumină complet diferită față de cea din procedura în fața CNSC și susține (pentru prima dată prin Plângere) că ar fi depus nomenclatorul de defecte, dar cu un conținut extrem de sumar, urmând ca acesta să fie dezvoltat odată cu aprobarea clientului și conform nevoilor acestuia. Mai susține aceasta că o astfel de abordare este permisă, întrucât Caietul de Sarcini nu prevedea gradul de detaliu al nomenclatorului, în orice caz, a solicitat să constate că gradul de detaliu al nomenclatorului de defecte nu a fost SUPUS analizei Consiliului tocmai pentru că

NU a invocat niciodată acest argument în trecut, limitându-se la susținerile sale conform cărora acesta va fi furnizat ulterior, la livrare.

Rezultă cu evidență că în linsa îndeplinirii cerinței, încearcă să se justifice prin diverse tertipuri și interpretări subiective care nu pot fi acceptate de către instanță.

Până și faptul că face trimitere la noțiunea generică din DEX a cuvântului nomenclator reprezintă o încercare (cel puțin discutabilă) la care aceasta apelează pentru a-și justifica neconformitatea ofertei sale.

A precizat că cerința din Caietul de sarcini, astfel cum a arătat mai sus, era una foarte clară - depunerea nomenclatorului de defecte în format final. Cerința nu permite și nici nu detaliază faptul că nomenclatorul de defecte poate fi depus într-o formă incipientă la momentul depunerii ofertei, urmând a fi completat pe parcurs.



O astfel de interpretare nu poate fi primită, atât timp cât nu au existat prevederi în Caietul de Sarcini care să permită o astfel de abordare. Aceasta ar genera situații absurde în care orice ofertant ar trimite documente nefinalizate, în forma incipientă/ preliminară, specificând că va depune o formă finală la livrare, dacă va fi desemnat câștigător.

pretinde că CNSC nu cunoaște care este conținutul unui nomenclator de defecte, dar pare că chiar petenta este cea care se află în eroare cu privire la conținutul unui astfel de document până la acest stadiu procesual.

Nomenclatorul de defecte în formă completă (astfel cum a fost cerut prin Caietul de sarcini) impunea un grad de detaliu sporit - prin explicarea inclusiv a structurii informațiilor de diagnostic pentru fiecare clasă de defecte, prin prezentarea listei de erori de diagnosticare la bord, împărțite pe categorii și erori de subsistem. A solicitat să se constate, cu titlu de exemplu, că nomenclatorul de defecte depus de aceasta în formă completă are aproximativ 32 de pagini cu prezentarea tuturor informațiilor enumerate mai sus. Or, a precizat că toate aceste informații vor fi transmise la un moment ulterior, prezentând informații incomplete în oferta sa.

Sunt nefondate și argumentele potrivit cărora CNSC, prin decizia sa, a impus condiții suplimentare celor din Caietul de sarcini - depunerea nomenclatorului în formă completă era o condiție prezentă în Caietul de sarcini obligatorie pentru toți ofertanții în virtutea principiului tratamentului egal.

Astfel, în lipsa nomenclatorului de defecte în format complet, în mod corect a stabilit CNSC că se impune re-evaluarea ofertei în sensul stabilirii neconformității acesteia.

Pentru toate aceste considerente, a solicitat să se dispună:

(i) respingerea Plângerii formulată de ca neîntemeiată și menținerea deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 în partea care privește obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei

(ii) obligarea petentei la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei Plângeri;

În drept, au fost invocate prevederile art. 30 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și pe orice alte prevederi legale invocate în prezenta plângere sau relevante în speță.

În materia probelor, au fost invocate înscrisurile aflate la dosarul achiziției și cele din dosarul CNSC.

**Intimatul** ), în temeiul prevederilor art. 31 alin.(2) din Legea nr.101/2016, a formulat **întâmpinare** la plângerea promovată de împotriva Deciziei nr.2409/C2/2477 din 01.11.2021 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (CNSC), prin care a reiterat apărările expuse prin întâmpinarea formulată față de plângerea

## **Soluția Curții de Apel București**

*În ceea ce privește plângerea formulată de petenta*

împotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 pronunțată de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, Curtea apreciază că este neîntemeiată, urmând a fi respinsă, pentru cele ce urmează:

Curtea reține că

, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie de cca. 18 m destinate transportului public de călători”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. 0, stabilind criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

Au fost primite 4 oferte, pentru loturile 1, 2, 4, iar, pentru lotul 3, au fost primite 5 oferte, ulterior evaluării acestora fiind emis raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, în cuprinsul căruia au fost declarate admisibile 3 oferte dintre cele 5 depuse, precum și câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de

1, pentru cele 4 loturi, oferta depusă de  
clasându-se pe locul II, iar cea depusă de  
A, pe locul 3.

a formulat contestație în fața C.N.S.C. solicitând respingerea ofertei ca inadmisibilă și excluderea acesteia din procedură, invocând greșita evaluare a conformității în ceea ce privește lista materialelor periculoase, afișarea defectelor și nomenclatorul defectelor.

Curtea constată că, prin decizia supusă controlului judiciar, C.N.S.C. a admis parțial contestația, reținând că în cadrul propunerii tehnice nu ar fi fost prezentată lista tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor și că autoritatea contractantă ar fi interpretat eronat propriile cerințe în evaluarea ofertei depuse, nerespectând regulile documentației de atribuire. Totodată, Consiliul a reținut că în situația în care nu ar fi fost prezentat nomenclatorul de defecte în forma solicitată în propunerea tehnică, susținând în urma clarificărilor că va fi prezentat odată cu livrarea primului tramvai, ar fi fost încălcată de către autoritatea contractantă atribuția legală de verificare.

Petenta, în susținerea acestor critici, face referire la încălcarea de către C.N.S.C. a principiilor legalității și imparțialității, a obligațiilor de motivare a deciziei și de precizare a limitelor reevaluării dispuse.

Cu privire la critica de nelegalitate a deciziei privind capătul de cerere referitor la lista materialelor periculoase, susține petenta că nu a fost prezentată de către Consiliu o motivare clară și lipsită de echivoc a concluziei că „nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de este finalizată”, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021 fiind nelegală.

Reține Curtea din analiza înscrisurilor depuse că prin caietul de sarcini, la pct. 6.2 - Materiale, s-au solicitat următoarele:

Materialele utilizate se vor încadra în reglementările în vigoare în România și Uniunea Europeană privind comportarea acestora la flacără și foc, cu degajare redusă de fum, gaze toxice și/sau corozive, fiind realizate din componente care să nu fie interzise prin reglementările în vigoare (Regulamentul nr. 118 al Comisiei Economice pentru Europa [86] și SREN 45545-2+AI:2016 [15]). Materialele utilizate se vor încadra în prescripțiile internaționale privind reciclarea, așa cum sunt ele prevăzute în Directiva cadru 2007/46/CE [95].

Pentru principalele materiale utilizate la amenajarea interioară a compartimentului pentru călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice (cablaje), se vor prezenta buletine de încercări emise de laboratoare autorizate U.E., sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România, privind comportarea acestor materiale la flacără și foc, degajările de fum, compuși halogenați, gaze toxice precum și privind lipsa componentelor interzise pentru utilizare în fabricarea mijloacelor de transport public. Acestea trebuie să fie prezentate la ofertă în copie xerox și traducere autorizată în limba română, în cazul în care nu pot fi depuse la ofertare, se acceptă ca buletinele de încercări emise de laboratoare autorizate U.E., sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România să fie prezentate Beneficiarului odată cu livrarea primului tramvai, cu mențiunea că ofertantul va depune la ofertare o Declarație pe propria răspundere prin care își asumă prezentarea buletinelor de încercări sus-menționate. Materialele utilizate pentru amenajarea interiorului și platformei trebuie să fie ușor lavabile, rezistente la materialele utilizate pentru spălare și curățare, inclusiv la diluanți și dizolvanți pentru curățarea petelor, folosite în domeniul transportului public.

Materialele trebuie să fie rezistente antivandalism, antigraffiti și în caz de deteriorare să nu producă așchii și/sau muchii tăioase care să afecteze sănătatea călătorilor. Materialele

utilizate pentru producția tramvaielor nu trebuie să reprezinte un pericol pentru sănătatea personalului responsabil pentru reparații și întreținere, precum și pentru vatman și călători.

Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolului pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.

Componentele din cauciuc trebuie să aibă o durată de viață estimată la minim 8 ani, să reziste la condițiile de lucru, la variațiile de temperatură și presiune, la lumina solară și razele ultraviolete

Prevederile de mai sus sunt preluate identic în Formularul de propunere tehnică, însă cu evidențierea separată a fiecărei cerințe, mod de redactarea care conduce spre concluzia că cerința privind prezentarea listei tuturor materialelor periculoase, deși aflată în cadrul pct. 6.2, este separată de toate celelalte cerințe ale aceluiași punct.

Prin clarificarea nr. 39667/30.03.2021, comisia de evaluare a solicitat să indice unde în cadrul propunerii tehnice depuse se regăsește lista tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselină etc), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolului pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare

Prin răspunsul transmis, nu a dat curs solicitării autorității contractante de a indica unde în propunerea sa tehnică se află lista cu materialele periculoase, ci a reiterat făcând trimitere la documentul D18 - Declarație materiale periculoase și D13 - Declarație privind respectarea obligațiilor din domeniile mediului, social și a relațiilor de muncă, că materialele folosite la producția tramvaielor nu se încadrează în categoria materialelor periculoase conform definiției date de UNIFE.

În mod corect a concluzionat Consiliul că nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de este finalizată, astfel încât a admis critica contestatorului și a obligat autoritatea contractantă la analiza modului în care oferta în discuție îndeplinește prevederea caietului de sarcini de la pct. 6.2 din caietul de sarcini, referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor.

În ceea ce privește argumentele invocate de către petentă prin plângerea formulată, amplu dezvoltate, Curtea le apreciază ca nefiind întemeiate.

Contrar a ceea ce se susține prin plângere, nu au fost înfrânte principiile menționate, respectiv legalității, imparțialității, obligațiile de motivare a deciziei, precum și încălcarea obligației de precizare a limitelor reevaluării dispuse.

Astfel, evidențierea distinctă în cadrul formularului de propunere financiară a fiecărei cerințe, conduce spre concluzia că cea privind depunerea listei cu materiale periculoase este distinctă de toate celelalte și nu poate fi considerată respectată prin depunerea de documentelor solicitate în cadrul acelor cerințe. Respectiv nu se poate aprecia asupra îndeplinirii cerinței prin depunerea de buletine de încercare, acestea fiind solicitate pentru dovedirea îndeplinirii cerinței referitoare la principalele materiale utilizate la amenajarea interioară a compartimentului pentru călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice (cablaje)

În mod corect a reținut Consiliul că lista tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor, trebuia să aibă în vedere ansamblul componentelor unui tramvai, iar nu numai compartimentul pentru călători, cabina de conducere și instalații electrice.

Răspunsul petentei dat clarificărilor solicitate de către autoritate este de natură a confirma susținerile contestatorului, respectiv faptul că nu s-a prezentat, în cadrul propunerii tehnice, lista tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaielor, iar, pe de altă parte, conține justificarea ofertantului cu privire la lipsa listei anume că nu folosește materiale periculoase conform definiției date acestora de către UNIFE.

Practic, ofertantul neagă necesitatea depunerii listei solicitate explicit prin caietul de sarcini prin invocarea reglementărilor UNIFE.

Având în vedere că nicăieri în caietul de sarcini sau în alt document al achiziției, autoritatea contractantă nu a solicitat ca lista în discuție să fie întocmită prin raportare la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE, coroborat cu interpretarea eronată pe care autoritatea contractantă o face asupra cerințelor pe care ea însăși le-a stabilit prin caietul de sarcini pct. 6.2 - Materiale, aspect ce răzbate din punctul de vedere referitor la contestație. Consiliul determină că aceasta a acționat în evaluarea ofertei depusă de [redacted] cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire.

În concluzie, Curtea apreciază că C.N.S.C. a reținut în mod corect, prin raportare la argumentele invocate de părți că [redacted] nu a prezentat lista materialelor periculoase pe motiv că nu erau folosite asemenea materiale în compartimentele interioare ale tramvaielor, considerând în mod eronat că prevederile Caietului de sarcini se refereau exclusiv la compartimentele interioare. Curtea constată că C.N.S.C. a apreciat în mod corect că această cerință nu se referă strict la interiorul tramvaielor, ci are în vedere toate componentele acestuia, astfel cum este prevăzut și în caietul de sarcini că „fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vaselina, etc.), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare”.

Petenta [redacted] i a negat necesitatea depunerii listei solicitate prin Caietul de sarcini, invocând reglementările UNIFE, dar întrucât nu erau menționate în Caietul de sarcini. Curtea constată că nu aveau nicio valoare obligatorie. Având în vedere și că lista materialelor folosite se referea la întreg tramvaiul și nu doar la compartimentul interior. Curtea reține ca obligatorie această cerință, iar această listă nu ar fi trebuit să lipsească din oferta depusă, astfel cum în mod corect a apreciat și C.N.S.C.

În ceea ce privește critica privind lipsa unei motivări din partea C.N.S.C., Curtea reține că a fost examinată efectiv de către Consiliu oferta [redacted] prin luarea în considerare a susținerilor acestuia din cererea de intervenție și a punctului de vedere al autorității contractante, dispunând în mod corect reevaluarea ofertei cu luarea în calcul a regulilor stabilite prin documentația de atribuire. Astfel, Curtea constată, contrar susținerilor petentei, că C.N.S.C. a analizat argumentele tuturor părților, prevederile Caietului de sarcini și răspunsurile la clarificări, realizând o motivare clară și fără echivoc în decizia pronunțată.

Cu privire la critica petentei în ceea ce privește legalitatea și temeinicia deciziei pentru lipsa nomenclatorului de defecte în limba română, Curtea reține că C.N.S.C. a apreciat în mod corect că acesta trebuia prezentat la momentul depunerii ofertei, astfel cum este prevăzut și în Caietul de sarcini.

Așa cum rezultă din conținutul cerinței caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca, pe tabloul de bord, defectele să fie afișate prin mesaj de tip text în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect, sens în care a solicitat prezentarea nomenclatorului de defecte.

Momentul la care nomenclatorul de defecte trebuia prezentat autorității contractante este evident, în cadrul propunerii tehnice depusă la data limită de depunere a ofertelor, aspect necontestat de vreuna dintre părți.

Autoritatea a și solicitat, de altfel, clarificări către petenta [redacted] cu scopul de a se lămurii cu privire la lipsa în discuție sesizată cu ocazia evaluării propunerii tehnice a ofertantului arătat.

Chiar dacă întrebarea adresată nu este una explicită în sensul de a i se fi cerut ofertantului să precizeze unde se regăsește după nomenclatorul în discuție în cadrul propunerii sale tehnice, din lectura ei rezultă că tocmai acest element a fost avut în vedere. În contextul afirmației ofertantului din propunerea tehnică conform căreia detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.

Petenta a precizat că va depune nomenclatorul la momentul livrării primului tramvai, și nu că nu aceasta ar fi fost cerința.

Este limpede și că respectivul nomenclator trebuia furnizat în limba română, aspect, de asemenea, necontestat de vreuna dintre părți.

Aceasta fiind interpretarea cerinței în discuție, în contextul în care petenta nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică și, mai mult, a arătat în răspunsul la clarificări că îl va prezenta odată cu furnizarea primului tramvai, adică după desemnarea ofertei sale drept câștigătoare. Consiliul a concluzionat în mod corect că petenta A nu a demonstrat îndeplinirea cerinței aflată în discuție.

În speța de față nu rezultă modalitatea în care, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a demonstrat îndeplinirea cerinței caietului de sarcini, fapt ce conduce spre concluzia încălcării, de către autoritatea contractantă, a atribuției legale de verificare expres prevăzută în sarcina să.

Răspunsul ofertantului A demonstrează tocmai contrariul celor concluzionate de autoritatea contractantă, adică neîndeplinirea cerinței, afirmația să conform căreia va prezenta nomenclatorul în limba română abia la data livrării primului tramvai demonstrând cu prisosință aceasta.

Dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 statuează în sarcina comisiei de evaluare, într-adevăr, obligația de a solicita clarificări formale sau de confirmare cu privire la o ofertă ce conține elemente echivoce, însă demersul trebuia finalizat cu analiza răspunsului transmis, după cum rezultă din conținutul alin. (5) al aceluiași articol, lipsa unui răspuns sau transmiterea unuia neconcludent îndrituind autoritatea contractantă să procedeze la respingerea ofertei.

Or, în speța de față, în prezența unui răspuns care confirmă nerespectarea unei cerințe exprese a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a înțeles să considere oferta admisibilă.

În mod corect a apreciat Consiliul că autoritatea contractantă a nesocotit în procesul de evaluare a ofertei și principiul tratamentului egal, care presupune stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, or B.C. a devenit câștigător al procedurii în ciuda faptului că nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor cerințelor caietului de sarcini.

Consiliul a explicat faptul că alegațiile ofertantului cu privire la clasele de defecte pe care autoritatea contractantă le-a preluat în punctul de vedere concluzionând îndeplinirea cerinței, nu prezintă nicio relevanță raportat la obligația de a verifica cerința caietului de sarcini de forma menționată, cerință față de care autoritatea contractantă era chemată să se asigure că ofertantul a prezentat nomenclatorul în discuție în propunerea tehnică, ceea ce nu s-a dovedit a fi fost prezentat nici urmare a solicitării de clarificări.

De asemenea, în acord cu opinia Consiliului, Curtea apreciază că, dacă ar fi avut neclarități cu privire la cerințele documentației de atribuire sau considera că este împiedicat să dea curs tuturor cerințelor autorității contractante, deoarece tramvaiul, spre pildă, nu este pe stoc, ofertantul trebuia să se prevaleze de dreptul de a solicita clarificări anterior depunerii ofertei și să se asigure că cerințele caietului de sarcini îi permit participarea la procedură în ciuda constrângerii sale, cu șanse reale ca oferta să nu-i fie respinsă din acest considerent.

Or, în lipsa unui asemenea demers, ofertantul era obligat să se conformeze întocmai prescripțiilor documentației de atribuire, orice eventuală critică cu privire la conținutul documentației de atribuire fiind tardivă în momentul de față.

Curtea reține că limitele reevaluării au fost stabilite în mod corect cu privire la perspectiva neconcludenței răspunsului transmis la solicitarea de clarificări, aceste limite fiind determinate prin coroborarea tuturor argumentelor și motivelor reevaluării prezentate în motivarea Deciziei C.N.S.C. astfel că plângerea formulată de către

impotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din 01.09.2021 pronunțată de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor nu este întemeiată, urmând a fi respinsă ca nefondată, în temeiul art. 34 din Legea nr. 101/2016.

*În ceea ce privește plângerea formulată de petenta S.A. împotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 pronunțată de către Consiliul*

Național de Soluționare a Contestațiilor. Curtea apreciază că este neîntemeiată, urmând a fi respinsă, pentru cele ce urmează:

Curtea constată că petenta solicită modificarea parțială a deciziei atacate în ceea ce privește motivele de excludere incidente în cazul ofertei \_\_\_\_\_ și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința reevaluării ofertei \_\_\_\_\_ și din această perspectivă.

Petenta face referire la faptul că oferta \_\_\_\_\_ ar fi trebuit respinsă ținând cont de incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016 care prevăd că „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile; h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

Curtea constată că, în susținerea acestei critici, petenta se refera la faptul că \_\_\_\_\_ ar fi trebuit să menționeze în DUAE că a fost reziliat încă din octombrie 2020 contractul privind achiziția a 100 de troleibuze noi de către \_\_\_\_\_ din culpa \_\_\_\_\_, pentru nerespectarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective. Respectiva notificare de reziliere a făcut obiectul dosarului nr. 31036/3/2020 pe rolul Curții de Apel București, soluționat în mod definitiv prin Decizia nr. 1369/2021 în sensul menținerii deciziei de reziliere.

Petenta critică faptul că decizia pronunțată de C.N.S.C. stabilește că autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare doar documentul publicat în SEAP, ignorând practic situațiile în care faptele care stau la baza motivelor de excludere sunt de notorietate, sau rezilierea pentru încălcarea în mod grav sau repetat a fost chiar expres constatată printr-o hotărâre judecătorească.

Potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiat anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

De asemenea, art. 169 din același act normativ, prevede că:

Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

În conformitate cu documentația de atribuire operatorii economici participanți la procedură aveau obligația să precizeze în declarația DUAE dacă se regăsesse în situația de „încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile

În ceea ce privește noțiunea de „încălcare grave ale obligațiilor contractuale”, relevante sunt dispozițiile art. 168 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, având conținutul:

În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform documentației prevăzute în contract.

Așadar, în etapa verificării DUAE, autoritatea contractantă este obligată să verifice, pe baza celor declarate pe propria răspundere de ofertant în conținutul formularului arătat, dacă este incident vreunul dintre motivele de excludere, respectiv să verifice îndeplinirea celor două condiții mai sus enunțate.

Dincolo de acestea, se cuvine a fi subliniat că îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu este suficientă pentru a opera cazul de excludere, ci atrage aplicabilitatea dispozițiilor art. 171 alin. 1, 2 și 3 din Legea nr. 98/2016.

Cât privește incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din H.G. nr. 925/2016, caz de excludere separat de cel de la lit. g), întrucât vizează comportamentul ofertantului din cadrul procedurii, iar nu o situație anterioară participării la procedură (cum e cazul de la lit. g), Curtea reține că acesta sancționează cu excluderea din procedură pe acel operator economic care s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate.

Concluzionând, Curtea reține că documentul constatator emis de către [ ] nu se regăsește postat în SEAP și nu a fost depus la dosarul cauzei de către contestator, argumentul principal al acestuia în susținerea opiniei sale fiind constituit de notorietatea faptului rezilierii contractului de autoritatea arătată, bazată pe articole din presă.

Potrivit art. 166 din H.G. nr. 395/2016:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză;

(...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse,

(...)

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.

Din economia acestor prevederi legale, rezultă cu claritate că autoritatea contractantă emitentă are obligația de a posta în SEAP documentul constatator care atestă modul de îndeplinire a contractului, în termen de 60 de zile de la data emiterii lui, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru contestare, respectiv a soluționării contestației în situația în care s-a depus una, dar și că autoritatea contractantă stabilește îndeplinirea condițiilor



prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, având în vedere cele statuate în documentul constatator.

Prin urmare, contrar opiniei petentei, documentul constatator singur este cel care atestă situația de fapt referitoare la îndeplinirea/neîndeplinirea obligațiilor contractuale, și de care legiuitorul leagă analiza stabilită în sarcina autorității contractante în ceea ce privește incidența cazului de excludere în discuție.

Aceasta fiind interpretarea dispozițiilor legale enunțate, în mod corect Consiliul a apreciat că, în lipsa documentului constatator publicat în SEAP de către care să permită verificarea condițiilor cumulative prevăzute de cazul de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, din considerentul contestării lui, nu se poate imputa petentei ..... completarea necorespunzătoare a DUAЕ.

Rațiunea pentru care legiuitorul a stabilit obligația publicării de emitent a documentului constatator în SEAP abia după soluționarea eventualei contestații depuse, cum este și situația prezentei spețe, este lesne de înțeles și anume preîntâmpinarea adoptării de decizii în baza unor documente constatatoare a căror legalitate este pusă la îndoială, pe calea unei căi de atac promovată de persoana ce se consideră vătămată. De altfel, așa cum rezultă din informațiile existente pe portalul Curții de Apel București, dosar nr. 31.036/3/2020, instanța a anulat pct. 6 din adresa de reziliere a contractului, emisă de

Ca documentul constatator există este fără vreun dubiu, aspect netăgăduit în speță nici de ..... însă simpla existență a acestuia fără a fi îndeplinită condiția de publicitate prevăzută expres de lege, nu este suficientă pentru a putea fi considerat opozabil terților și, mai mult, a fundamenta o decizie de respingere a unei oferte,

Nu poate fi primit în soluționare nici argumentul conform căruia ofertantul este întrebat în DUAЕ dacă i-a fost reziliat anticipat un contract sau a fost obligat la plata de daune-interese ori alte sancțiuni comparabile, situația în care ..... în opinia contestatorului, trebuia să prezinte situația să, deoarece, raportat cu dispozițiile art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, în lipsa unui document constatator care produce efecte, orice informație cu privire la situația atestată de acesta este lipsită de suport.

Nici argumentul constând în invocarea dispozițiilor art. 167 și urm. din Legea nr. 98/2016 care nu menționează faptul că autoritatea contractantă trebuie să verifice doar documentele constatatoare publicate în SEAP, nu poate fi primit, deoarece aceste dispoziții legale nu pot fi rupte de norma de aplicare, constituită de H.G. nr. 395/2016, respectiv de prevederile art. 166.

De asemenea, nu poate fi primită susținerea petentei conform căreia autoritatea contractantă trebuia să manifeste un rol activ și să clarifice orice aspecte ce ar putea cauza dubii, deoarece manifestarea rolului activ trebuie subsumată prevederilor din materia achizițiilor publice. Inclusiv aplicarea art. 169 din Legea nr. 98/2016, presupune existența documentului constatator în condițiile prevăzute de lege, adică autoritatea contractantă să se alege în posesia lui, ceea ce nu e cazul în speța de față.

Astfel fiind, susținerile contestatorului cu privire la incidența cazului de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt nefondate, după cum nefondate sunt, pe cale de consecință, și susținerile legate de incidența cazului de excludere prevăzut la lit. h) a aceluiași articol.

Cea de a doua critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, constă în faptul că ofertantul ..... nu îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară.

Analizând îndeplinirea criteriului de calificare astfel cum a fost clarificat, prin prisma celor prezentate de ..... în DUAЕ și răspunsul la clarificări, precum și prin prisma argumentelor fiecăreia din părți cauzei, în mod corect Consiliul a apreciat ca nefondate criticile contestatorului care, așa cum arată și ..... pretinde că autoritatea contractantă nu a procedat la verificarea unei experiențe identice, iar nu a unei experiențe similare.

Experiența similară nu presupune dovada unei experiențe identice, așa cum consideră petenta, fiind suficient ca ceea ce s-a prestat deja să includă părți din contractul ce urmează a fi executat.

Petenta nu aduce critici noi în cadrul plângerii, susținând faptul că ar fi fost analizate sumar de către Consiliu argumentele sale.

Curtea apreciază că experiența similară presupune caracterul asemănător cu cel al livrărilor și serviciilor presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv să existe elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază, prin experiență similară neînțelegându-se experiență identică.

De asemenea neîntemeiată este critica petentei conform căreia nu a declarat corect contribuția în contract situație în care s-ar impune reevaluarea din perspectiva motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme aspectul evocat de contestator a fost sesizat și de ANAP și a fost lămurit de ofertant pe calea răspunsului la clarificările solicitate de autoritatea contractantă.

O altă critică a contestației vizează cel de al doilea contract depus de în vederea dovedirii îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, respectiv Contractul nr. 2014 din 14.11.2014, având ca obiect Furnizare 31 tramvaie, cu privire la care petenta arată că nu se încadrează în perioada prevăzută de lege în care experiența este relevantă.

În analiza acestei critici Curtea constată că în mod corect Consiliul a dat eficiență criteriului de calificare privind experiența similară astfel cum a fost stabilit de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției și modificat prin anunțul de tip Erată nr.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților, în cadrul unei proceduri de licitație deschisă cum este cea de față și fiind vorba despre o cerință din categoria celor care țin de capacitatea ofertantului de a executa contractul, respectiv o cerință de calificare, este necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 - Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

- art. 181 - Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.

Curtea constată că în cadrul criteriului de calificare privind experiența similară, modificat prin anunțul de tip Erată nr. ..., nu se regăsește indicat un interval de timp în care ofertanții să fi acumulat experiența similară solicitată.

Cum anunțul de tip Erată nr. ... a rămas definitiv, nefiind contestat în termenul legal, nu se poate proceda la respingerea unei oferte pe baza unui considerent nestabilit în documentele achiziției.

Curtea apreciază că obligația de transparență impune autorității contractante respectarea cu strictețe a criteriilor pe care ea însăși le-a stabilit.

Astfel, în Hotărârea din 14 iunie 2017, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.”

În consecință, în mod corect au fost respinse criticile petentei.

Pentru considerentele mai sus expuse, Curtea, în temeiul art.34 alineat 5 din Lg.101/2016, va respinge ca nefondată plângerea.

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

Respinge plângerile formulate de **petentele**  
cu sediul ales în .....  
și I ..... cu sediul ales în .....  
intimații ..... , împotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din data de 01.11.2021, în contradictoriu cu  
cu sediul în ..... , județul .....  
cu sediul în .....  
ca nefondate.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică astăzi 13.12.2021.



**PRESEDINTE,  
CARMEN MIHAELA  
VOINESCU**

**JUDECĂTOR,  
EMILIAN CONSTANTIN  
MEIU**

**JUDECĂTOR,  
IONUȚ CRISTIAN  
ANDREESCU**

**GREFIER,  
IULIANA ALINA TACHE**

Conform cu originalul  
GREFIER

Red. / Tehnored. C.MV./ 2 ex.  
Com. 4 ex. la .....