



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscc.ro

**În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,**

## DECIZIE

**Nr. ... / ... / ... / ...**

**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../19.12.2012, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ... județul ..., CUI ..., și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Societatea Civilă de Avocați "...", str. ..., ..., ..., privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de servicii de transport feroviar de cărbune, cod CPV 60200000-0, cu data inițială de deschidere a ofertelor 14.01.2013, organizată de SC ... SA, cu sediul în str..., județul ..., CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar, în subsidiar, eliminarea anumitor prevederi din documentația de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei. Prin decizia sa nr. 20.12.2012, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingând-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. .../20.12.2012, înregistrată la Consiliu cu nr. .../21.12.2012, depusă de SC ... SA, cu sediul în str..., ..., ..., CUI ..., privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de SC ... SA, contestatoarea a solicitat modificarea anumitor prevederi din anunțul de participare, fișa de date și caietul de sarcini ale achiziției.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul

a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

### **DECIDE:**

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite capătul principal de cerere din contestația SC ... SRL nr. .../19.12.2012, în contradictoriu cu SC ... SA, și anulează procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de servicii de transport feroviar de cărbune, cod CPV 60200000-0, cu data inițială de depunere și deschidere a ofertelor 14.01.2013.

În conformitate cu art. 278 alin. (5) din aceeași ordonanță, ca urmare a anulării procedurii de licitație deschisă, respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere subsidiar din contestația SC ... SRL, de eliminare a anumitor prevederi din documentația de atribuire, precum și contestația SC ... SA nr. .../20.12.2012, în contradictoriu cu SC ...SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

### **MOTIVARE**

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/ 2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestațiile de față, depuse de operatorii economici SC ... SRL și SC ...SA în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă a deciziei.

În prima dintre contestații, SC ... SRL învederează că modalitatea în care autoritatea a ales să desfășoare licitația este contrară legii. Opțiunea de atribuire a unui acord-cadru pe doi ani, cu o valoare estimată de 337.368.640 lei încalcă art. 143 din ordonanță - utilizarea unei proceduri unice care să acopere toate relațiile de transport ale autorității contravine principiilor din ordonanță, fiind de natură să conducă la restricționarea accesului la

licitație și la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

Chiar dacă nu există o obligație legală în sarcina autorității de a împărți contractul pe loturi, în raport de circumstanțele concrete ale fiecărei situații, nedivizarea poate să fie de natură să restricționeze accesul la procedură. Rațiunea împărțirii pe loturi constă în asigurarea respectării principiilor privind promovarea concurenței între operatorii economici, tratamentul egal, nediscriminarea și eficiența utilizării fondurilor publice. Împărțirea contractului pe loturi ar fi permis promovarea concurenței între agenții economici.

Pe piața serviciilor de transport feroviar nu activează mulți operatori, iar "... " deține o cotă de piață mai mare decât cota deținută de toți operatorii privați.

Condițiile garanției de participare (760.000 euro), deținerea unui parc activ de vagoane și locomotive în cantitatea minimă indicată în fișa de date și experiența similară (un contract anterior pentru o cantitate de minimum 6.000.000 tone/an) împiedică concurența, iar art. 143 din ordonanță face referire la limitele de utilizare a acordului-cadru, respectiv la interdicția de a împiedica, restricționa sau distorsiona concurența. Monopolizare serviciilor de transport pentru toate rutele avute în vedere de autoritatea contractantă, pentru o perioadă de doi ani, este restrictivă de concurență.

Cerința menționată la pct. III.2.1.b) din fișa de date, privind dovedirea deținerii în proprietate și/sau chirie, leasing, asociere etc a parcului activ de vagoane și locomotive, autorizat de "AFER", este nelegală. Pct. III.2.1.b) are în vedere "capacitatea de exercitare a capacității profesionale", dar art. 183 din ordonanță indică în mod univoc care sunt aspectele ce pot fi verificate în cadrul acestui criteriu de calificare, respectiv dovedirea formei de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și atestarea din punct de vedere profesional.

Condiția "prestarea în ultimii 3 ani a cel puțin unui serviciu de transport cărbune de minim 6.000.000 tone/an", stabilită la pct. III.2.3.a) din fișa de date, este de asemenea nelegală.

Impunerea ca transportul cantității de 6.000.000 tone/an să se fi realizat în baza unui singur contract nu corespunde principiului proporționalității. Independent de câte contracte ar fi constituit temeiul prestării unor servicii de transport pentru o cantitate totală de 6.000.000 tone/an, el nu influențează cu nimic dovedirea capacității de a transporta cantitatea.

În Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție se interzice solicitarea de demonstrare a experienței similare cu un număr minim de contracte.

Condiția privind deținerea în proprietate și/sau leasing, asociere, un parc activ de vagoane și locomotive, dublată de solicitarea prezentării unei declarații pe proprie răspundere din care să rezulte că vagoanele și locomotivele nu sunt implicate în derularea altor activități comerciale în perioada de valabilitate a contractului, este echivalentă unei clauze de exclusivitate nelegală, respectiv ca toate aceste resurse să fie "*utilizate numai în relația cu ...*", atât timp cât nu se poate limita dreptul unui operator economic de a-și desfășura activitatea comercială.

Conform exemplelor cuprinse în anexa nr. 1 la Ordinul nr. 509/2011, solicitarea unui număr minim de resurse constituie o condiție restrictivă. Este permisă solicitarea privind prezentarea unei declarații cu privire la echipamentele deținute, însă cerința de a deține un număr minim de vagoane și locomotive este restrictivă.

Precizarea cuprinsă la art. 6 paragraful 5 din caietul de sarcini, privind perioadele cu activitate maximă, nu este de natură să asigure legalitatea unei astfel de clauze. Pe de parte, nu există niciun temei care să permită autorității contractante exclusivitatea pentru un anumit număr atât de mare de vagoane și locomotive. Pe de altă parte, existența unei perioade de o lună cu activitate "maximă" nu justifică blocarea efectivă a activității societății pe o perioadă de doi ani. În plus, aceste cantități lunare nu se suprapun celor indicate în anexa nr. 1, care are în vedere cantitățile anuale.

Nelegală este și condiția ca prestatorul să facă dovada că are personal angajat al societății, prin prezentarea copiei de pe contractul individual de muncă sau de colaborare și a dovezii că acest personal este calificat, examinat anual medical și psihologic, sens în care prevede și Ordinul nr. 509/2011 (ce interzice condiția ca personalul minim de care dispune ofertantul să fie angajat al acestuia). Se putea solicita o declarație de disponibilitate a ofertantului cu privire la personalul de specialitate cu anumite certificări impuse și informații referitoare la personalul de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut.

În contestația secundă, SC ...SA aduce la cunoștința Consiliului că autoritatea, în cuprinsul anunțului de participare nr. .../11.12.2012, la pct. II.2.3., menționează cerința minimă: "*ofertantul va prezenta document/certificat constatator, copie contract sau părți relevante din acesta, care confirmă prestarea în ultimii 3 ani a cel puțin unui serviciu contract transport cărbune, similar celui ce face obiectul prezente achiziții de minim 6.000.000 tone/an*". De asemenea: "*ofertantul va face dovada că deține în proprietate sau în leasing, asociere, un parc activ de vagoane și locomotive, astfel:*

- *min. 1700 vagoane tip FALS sau echivalent;*
- *min. 20 locomotive diesel electrice."*

În caietul de sarcini, la cap. 9 - "Alte condiții obligatorii", se arată: *"prestatorul de servicii va face dovada că în ultimii trei ani a încheiat sau dus la îndeplinire cel puțin un contract de transport cărbune de minim 6.000.000 tone/an și va prezenta certificatul de bună-execuție pentru serviciul efectuat"*, iar la cap. 6 - "Condiții tehnice și de calitate obligatorii" se solicită: *"pentru realizarea activității de transport prestatorul de servicii trebuie să facă dovada că deține în proprietate, chirie, leasing, asociațiune, etc un parc activ autorizat AFER de:*

- *minim 1700 vagoane tip FALS sau echivalent;*
- *minim 20 locomotive electrice;*
- *minim 12 locomotive diesel electrice*

*Rezervate a fi utilizate numai în relația cu SC ...SA, întrucât în perioadele de activitate maximă se descarcă pe te 1.800.000 tone de cărbune pe lună la cele două sucursale (1.100.000 tone la ... și 700.000 tone la ...)".*

Cerința constând în "prestarea în ultimii 3 ani a cel puțin unui serviciu contract de transport cărbune, similar celui ce face obiectul prezentei achiziții de minim 6.000.000 tone/an" este restrictivă și nelegală, fiind impus tipul de marfă transportată pentru dovedirea experienței similare.

Autoritatea a solicitat și ca, pentru demonstrarea capacității tehnice, să se facă dovada că ofertantul dispune de toată logistica specifică transportului de cărbune (1700 de vagoane FALS sau echivalent, 20 de locomotive electrice și 12 locomotive diesel, autorizate "AFER" și neimplicate în alte proiecte).

În situația descrisă: i) achiziția de servicii de transport feroviar de cărbune și ii) solicitarea unui anumit tip de vagoane (FALS sau echivalent), impunerea de către autoritatea contractantă a tipului de marfă din contract ca și cerință minimă privind dovedirea experienței similare nu are niciun fel de relevanță în "demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al operatorului economic" și nu ajută în niciun fel autoritatea în a evalua "experiența, aptitudinile, eficiența și capacitatea acestuia", ceea ce contravine art. 8 alin. (1) al Hotărârii Guvernului nr. 925/2006 (*autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care [...] nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit*).

Lipsa de relevanță este dată de faptul că utilizarea de vagoane tip FALS sau echivalent este de natură să ducă la dovedirea potențialului tehnic al operatorului economic privind executarea contractului de servicii de transport feroviar pentru tipul de marfă respectiv, anume transport cărbune (vagonul tip FALS este un

vagon destinat pentru a transporta cărbune din bazinele carbonifere la termocentralele electrice).

Solicitarea de către autoritatea contractantă a unei experiențe exclusiv în transportul de cărbune, combinată cu solicitarea deținerii unui parc de vagoane tip FALS sau echivalent, are ca singur efect restricționarea participării la procedură.

Condiționarea experienței de transportul cărbunelui duce la situația în care un ofertant care dispune de toată logistica cerută (vagoane specifice, locomotive, personal) și care deține o înaltă expertiză (spre exemplu în transportul feroviar de mărfuri periculoase), deci cu o capacitate de a efectua transporturi cu grad de complexitate tehnică și operațională mult mai ridicat decât transportul de cărbune, să fie descalificat din considerente de incapacitate tehnică și profesională (doar pentru că marfa pe care a transportat-o nu este neapărat cărbune).

Mai mult decât atât, având în vedere că în România există foarte puține contracte de prestații de transport cărbune în cadrul cărora să se fi transportat 6.000.000 tone anual, acestea fiind deținute numai de către operatorul național de transport "...", menținerea acestei cerințe excesiv de restrictive de către autoritatea contractantă va limita numărul candidaților la unul singur, ducând și la încălcarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

Plecând de la precizările de mai sus, este neîntemeiat și faptul că autoritatea a stabilit ca valoarea de 6.000.000 de tone/an să fie aferentă unui singur contract, deoarece aceeași capacitate demonstrează și un operator economic care a realizat cantitatea cerută de autoritatea contractantă cu ajutorul mai multor contracte.

În punctul său de vedere nr. .../03.01.2013 asupra contestației SC ...SA, înregistrat la Consiliu cu nr. .../07.01.2013, autoritatea contractantă susține în apărare că operatorii economici participanți la procedură trebuie să își demonstreze potențialul tehnic, financiar și organizatoric de a executa contract de achiziție publică și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

În speță, serviciile de transport feroviar de cărbune pe care autoritatea dorește să le achiziționeze se regăsesc în anexa nr. 2B la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. În conformitate cu prevederile art. 16 din același act normativ: *"în cazul în care autoritatea contractantă atribuie un contract ce are ca obiect prestarea de servicii din categoria celor incluse în anexa nr. 2B, atunci obligația de a aplica prezenta ordonanță se impune numai pentru contracte a căror valoare este mai mare sau egală cu cea prevăzută la art. 57 alin. (2) și se limitează la prevederile art. 35-38 și art. 56 și la aplicarea pe tot parcursul procedurii de atribuire a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)".* Așadar, autoritatea nu este

constrânsă la a aplica toate prevederile ordonanței și procedurile reglementate de aceasta.

Criteriile de calificare impuse de SC ...SA respectă dispozițiile legale și principiile cuprinse în ordonanță. Raportat la cadrul legal, la importanța obiectului contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, respectiv transportul de cărbune pe calea ferată – indispensabil pentru asigurarea producției de energie electrică și termică a complexului și prin faptul că este necesară efectuarea serviciului în condiții de maximă siguranță și securitate, în caz contrar fiind în pericol funcționarea celor termocentralelor ...și ..., care asigură 1/3 din producția de energie electrică a României, respectiv livrarea energiei termice și a căldurii în ... și ...-, cerința experienței similare constând în transportul anterior a 6.000.000 tone cărbune anual, este legală și nu limitează accesul operatorilor la procedura de achiziție publică.

În conformitate cu art. 9 lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, se prezumă a fi disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit o cerință minimă de calificare privind căreia suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare este fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate ori executate în baza contractului care urmează să fie atribuit. În speță, în perioadele de activitate maximă, se descarcă peste 1.800.000 tone cărbune pe lună, ceea ce înseamnă că, pe an, cantitatea depășește cu mult cerința impusă. Cerința prestării a cel puțin un serviciu de transport a 6.000.000 tone/an urmărește diminuarea apariției oricărui risc de neîndeplinire sau de îndeplinire defectuoasă a contractului de achiziție publică.

Referitor la critica privind demonstrarea capacității tehnice, în sensul că ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de logistica specifică transportului de cărbune – 1700 de vagoane FALS sau echivalent, 20 de locomotive electrice și 12 locomotive diesel –, art. 187, coroborat cu art. 188 alin. (2) din ordonanță, precizează că, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora prezentarea informațiilor referitoare la utilaje, instalații, echipamente tehnice de care poate dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de servicii. Numărul minim de vagoane și locomotive a fost stabilit pe baza experienței anterioare, ținând seama de navetele aflate în trafic și în punctele de încărcare/descărcare, de timpul optim de încărcare/descărcare al navetelor la achizitor, precum și de rezerva de 10% din parcul de vagoane și locomotive indisponibile la un moment dat pentru revizii și reparații. Cerința dovezii că ofertantul

dispune, în scopul îndeplinirii contractului, de un anumit număr de utilaje, echipamente tehnice este justificată, vagoanele și locomotivele solicitate fiind absolut necesare îndeplinirii contractului, iar numărul lor a fost stabilit în funcție de cantitatea de cărbune necesară pentru a fi transportată.

În concluzie, se solicită respingerea contestației ca nefondată.

În punctul său de vedere nr. .../09.01.2013 asupra contestației promovată de SC ... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. .../14.01.2013, autoritatea contractantă reiterează că serviciile de transport feroviar de cărbune se regăsesc în anexa nr. 2B la ordonanță, iar aplicarea prevederilor sale se limitează la art. 35-38, 56 și 2 alin. (2), autoritatea nefiind constrânsă să aplice una dintre procedurile prescrise de ordonanță. Mai mult, întrucât autoritatea nu are obligația de a aplica prevederile art. 176-196 din ordonanță, implicit ea nu are nici obligația de a aplica nici prevederile Hotărârii Guvernului nr. 925/2006 și ale Ordinului nr. 509/2011. În acest context, solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii, pentru abateri grave de la prevederile legislative, este nefondată, deoarece autoritatea nu este ținută de prevederile invocate.

Referitor la critica utilizării abuzive a acordului-cadru, și ea este neîntemeiată. Contractul de transport este indispensabil pentru asigurarea producției de energie electrică și termică a complexului energetic și are caracter de regularitate, motiv pentru care s-a recurs la această modalitate specială de atribuire a lui, ce prezintă următoarele avantaje: atribuirea rapidă și flexibilă a contractelor subsecvente, reducerea costurilor administrative necesare pentru organizarea unei noi proceduri de achiziție, satisfacerea într-un timp optim a necesităților autorității contractante etc.

În ceea ce privește lotizarea contractului, reglementările actuale vizează obligativitatea de a nu diviza pe loturi obiectul contractului pentru a nu eluda aplicarea prevederilor specifice din domeniul achizițiilor publice. Decizia de formare a unui lot este atributul autorității contractante, în virtutea nevoilor sale. Având în vedere că livrarea cărbunelui pentru cele două sucursale se face din locuri diferite, este necesară contractarea serviciului de transport cu un singur operator economic, întrucât, în funcție de necesitățile complexului, există posibilitatea de a modifica programul și destinația livrărilor, iar suprapunerea mai multor operatori de transport pe aceeași infrastructură creează blocaje atât în punctele de încărcare, cât și în stațiile CFR de expediție/destinație.

Nu există o obligație pentru autoritățile contractante, conform legislației europene și române, de a diviza pe loturi obiectul contractului, lotizarea rămânând la aprecierea autorității.

Cu privire la celelalte critici ale contestatoarei, care sunt similare cu cele din contestația SC ...SA, autoritatea invocă argumentele din punctul de vedere anterior (nr. .../ 03.01.2013).



Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, după deliberare Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 11.12.2012, autoritatea contractantă SC ...SA a inițiat o procedură de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, în vederea achiziționării de servicii de transport feroviar al cărbunelui energetic destinat sucursalelor ... și ...(peste 30.000.000 tone), pe o perioadă de doi ani, estimate valoric la 337.368.640 lei, fără TVA. Documentația de atribuire aferentă achiziției a fost postată în SEAP la 11.12.2012, alături de anunțul de participare.

Potrivit pct. IV.3.4) și IV.3.7) din anunț, data de limită de depunere a ofertelor și cea de deschidere a lor a fost stabilită pentru 14.01.2013. La 13.01.2013, deci cu o zi înainte de data de depunere și deschidere a ofertelor, autoritatea a postat în SEAP o erată, în sensul că data inițială se schimbă în 01.02.2013. Această schimbare anunțată în preziua datei inițiale nu a fost justificată în niciun fel de autoritate, nu este întovărășită de nicio cerere din partea unui operator (care, dacă ar fi existat, ea trebuia postată în SEAP) și nu își găsește suportul legal în legislația pe linie de achiziții publice, dimpotrivă. Conform art. 80 din ordonanță, autoritatea contractantă are obligația de a deschide ofertele la data, ora și adresa indicate în anunțul de participare, în măsura în care nu a devenit incidentă obligația privind decalarea termenului de depunere a ofertelor, conform prevederilor art. 72, cu excepția cazului în care termenul de depunere a ofertelor a fost decalat în urma suspendării procedurii. Gravitatea încălcării obligației de deschidere a ofertelor la momentul fixat este de ordin contravențional, iar sancțiunea constă în amendă de la 20.000 lei la 40.000 lei.

Într-adevăr, primirea unei contestații îi conferă autorității dreptul de a își suspenda procedura de atribuire, însă suspendarea procedurii nu se confundă cu continuarea ei prin schimbarea datei de depunere și deschidere a ofertelor, cum a acționat în cauză SC ...SA.

Prin decizia sa nr. .../20.12.2012, Consiliul i-a pus în vedere autorității că ea poartă răspunderea continuării licitației și că nimic nu o împiedică să adopte o atitudine prevăzătoare și să recurgă la suspendarea temporară a procedurii, îndrumare din care autoritatea putea să observe că are dreptul de a suspenda procedura contestată, iar nu să proroge data de depunere și deschidere a ofertelor (prorogarea intempestivă și nejustificată prin cererea vreunui operator, cum s-a întâmplat în speță, este interzisă și sancționată contravențional). Pe de altă parte, din punctul său de vedere nr. .../09.01.2013, rezultă că SC ...SA nici nu dorește să își suspende licitația, ipoteză care ridică o nouă îndoială asupra comportamentului autorității. Dacă dorea să își suspende procedura,

nimic nu o oprea să acționeze în acest sens și, suplimentar, să nu combată această măsură prin punctul de vedere nr. .../09.01.2013.

Ulterior consultării documentelor publice aferente licitației, în termenul legal de zece zile, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL și SC ...SA au învestit Consiliul cu soluționarea contestațiilor ce formează obiectul prezentelor cauze conexe.

Referitor la obiecțiile pe care SC ... SRL le aduce opțiunii autorității de a iniția încheierea unui acord-cadru pe doi ani cu un singur operator economic, este de remarcat că licitația în dispută a fost precedată, anul trecut, de o licitație similară, prin care se urmărea atribuirea unui acord-cadru pe patru ani (anunțul nr. ..../08.11.2012) și care, la 13.11.2012, a fost anulată din oficiu de autoritate deoarece "abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului". Prin urmare, pentru prima licitație, SC ...SA a considerat că îi este necesară încheierea unui acord-cadru pe patru ani, iar la cea secundă, aceeași autoritate consideră că îi este necesară încheierea unui acord-cadru pe doi ani. Această inconsecvență trădează, în fapt, caracterul subiectiv și arbitrar al stabilirii perioadei pentru care autoritatea dorește să încheie acordul-cadru supus celor două licitații.

Secțiunea 1 a cap. IV din ordonanță reglementează la nivel primar acordul-cadru, ca modalitate specială de atribuire a contractelor de achiziție publică. Constituind o modalitate specială, înseamnă că el derogă de la modalitatea comună și, în consecință, trebuie aplicat prin excepție, doar în circumstanțele acolo permise de lege. Altminteri, acordul-cadru nu ar mai reprezenta o modalitate "specială".

Autoritatea contractantă are opțiunea – pe care trebuie să o exprime în anunțul de participare – de a încheia acordul-cadru cu mai mulți operatori economici, cărora li se vor atribui contractele subsecvente ulterioare, sau doar cu un singur operator economic, situație în care doar acesta va primi de la autoritate contractele subsecvente ulterioare și care, este de domeniul evidenței, atrage o limitare drastică a pieței concurențiale în obținerea contractelor și de către alți operatori economici. Cu alte cuvinte, în această din urmă ipoteză, unicul operator economic va deveni singurul beneficiar al contractelor subsecvente ale autorității contractante, adevărat "abonat exclusiv și privilegiat" la contractele publice ale autorității. Privit din această perspectivă, deși legislația este lacunară față de subiect, acordul-cadru ar trebui să constituie o modalitate excepțională de contractare, aplicată doar atunci când, datorită anumitor inconveniente obiective și credibile, autoritatea nu poate recurge la procedura standard de contractare.

Totuși, mergând pe acest fir de gândire, legiuitorul a prevăzut, la art. 143 din ordonanță, că autoritatea contractantă nu are dreptul

de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența. Similar, art. 14 din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale, la alin. 4 prevede că "entitățile contractante nu pot utiliza în mod abuziv acordurile-cadru în scopul de a împiedica, limita sau denatura concurența".

În prezenta cauză, SC ...SA nu a furnizat Consiliului niciun document care să justifice și să stea la baza alegerii metodei atribuirii contractelor ulterioare prin acord-cadru pe doi ani, încheiat doar cu un unic operator economic. Altfel spus, nu s-a înfățișat niciun mijloc de probă care să justifice dubla restricție cu care operează entitatea contractantă: (a) atribuirea unui acord-cadru și (b) încheierea acordului-cadru doar cu un singur operator economic.

Singura explicație pe care o aduce autoritatea este cea de ordin general din cuprinsul punctelor de vedere la contestații: atribuirea rapidă și flexibilă a contractelor subsecvente, reducerea costurilor administrative necesare pentru organizarea unei noi proceduri de achiziție, satisfacerea într-un timp optim a necesităților autorității contractante. Această explicație superficială și generală, în opinia Consiliului nu este în măsură să justifice legalitatea atribuirii de către SC ...SA a unui acord-cadru "mamut", pe doi ani, unui singur operator economic, de natură să creeze, practic, în sectorul transportului feroviar de cărbune energetic un monopol pe durata celor doi ani. Cu alte cuvinte, prin acordul-cadru în discuție, timp de doi ani autoritatea va rezerva toate contractele sale de livrare de cărbuni pe calea ferată unui singur prestator, în detrimentul celorlalți transportatori calificați, al promovării liberei concurențe, dar și al dezvoltării pieței achizițiilor publice în respectivul segment (și așa afectat de numărul restrâns de operatori activi).

Este de subliniat că unul dintre scopurile ordonanței privind achizițiile publice îl reprezintă tocmai promovarea concurenței între operatorii economici [art. 2 alin. (1) lit. a)], scop pe care autoritatea a ales să îl ignore în procedura discutată. Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui asemenea operator, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele guvernamentale. Protecția liberei concurențe și a libertății comerțului are statut constituțional (art. 135 din Legea fundamentală), iar: "*Libertatea comerțului apare ca fiind o cerință fundamentală a economiei de piață, care se concretizează în participarea neîngrădită a comercianților la schimburile de mărfuri și servicii. [...] Totodată, concurența presupune o confruntare loială între comercianții care acționează pe același segment de piață și*

oferă consumatorilor produse similare. În scopul creării cadrului favorabil pentru valorificarea tuturor factorilor de producție, statul trebuie să susțină o politică concurențială corectă, aceasta jucând un rol esențial în facilitarea liberei circulații a mărfurilor, în stimularea inițiativei participanților la activitatea de comerț, realizând și funcția de garanție a unei economii de piață" – decizia Curții Constituționale nr. 230 din 14 martie 2007.

Acordul-cadru, care inițial se dorea a fi pe patru ani, iar acum, din motive necunoscute, a fost redus la doi ani, contravine flagrant art. 143 din ordonanță, deoarece restrânge în mod artificial concurența în sectorul specializat al transportului de cărbune energetic, o dovadă suplimentară în acest sens fiind tocmai existența contestației pe care SC ... SRL a adresat-o Consiliului. Desigur, legislația actuală nu interzice atribuire unui acord-cadru pe doi ani, însă această atribuire trebuie să evite diminuarea ori excluderea concurenței pe o perioadă stabilită aleatoriu, prin formarea unui monopol pe sectorul de piață respectiv.

Argumentele aduse de autoritate (atribuirea rapidă și flexibilă a contractelor subsecvente, reducerea costurilor administrative necesare pentru organizarea unei noi proceduri de achiziție, satisfacerea într-un timp optim a necesităților autorității contractante) sunt de ordin teoretic, insuficiente pentru a justifica alegerea efectuată în speță. Nicăieri autoritatea nu a arătat, aplicat la cazul concret, care este timpul pe care îl câștigă prin utilizarea acordului-cadru, în ce fel atribuirea devine "flexibilă", cu cât se reduc costurile administrative, de ce atribuirea obișnuită nu îi asigură "satisfacerea într-un timp optim a necesităților", astfel încât să se poată pune în balanță avantajele acordului-cadru pentru autoritate și blocarea concurenței pe segmentul de piață pe perioada acordului-cadru. În altă ordine de idei, transpuse la datele speței, argumentele cu caracter de generalitate furnizate Consiliului de SC ...SA nu sunt apte, prin ele însele, să valideze legalitatea opțiunii autorității de a recurge la un acord-cadru cu un singur prestator, pe doi ani, cu afectarea concurenței în furnizarea de cărbune pe calea ferată, în contextul în care statul ar trebui să încurajeze concurența. Mai mult, respectivele argumente nici măcar nu îi aparțin autorității contractante, ci au fost reproduse *ad litteram* (copiate) din Manualul operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publice, editat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (vol. I, pag. 247), ceea ce înseamnă că autoritatea nici nu a fost în măsură să conceapă și să comunice Consiliului o justificare proprie, reală și concretă asupra recurgerii la metoda acordului-cadru, cu fixarea duratei acestuia la doi ani (după ce la licitația anterioară, anulată din oficiu, durata propusă era de patru ani). În concluzie, cele trei rânduri de argumente copiate de funcționarii organizatoarei și prezentate Consiliului nu pot fi

valorificate de autoritate în sprijinul alegerii modalității restrictive a acordului-cadru în referință. Date fiind efectele sale asupra concurenței, alegerea acestei modalități nu poate avea caracter acauzal, să rămână la simpla discreție a .... Ea trebuie să răspundă exigențelor de legalitate, cu precădere prin prisma principiilor pe care le promovează legislația pe linie de achiziții publice, între care se situează și cel al promovării concurenței între operatorii economici (dedus din scopul ordonanței și din dispozițiile art. 135 din Constituție – în plus, după cum se cunoaște, principiul juridic poate fi prevăzut în mod expres de lege, fiind un principiu expres, sau poate doar rezulta din economia întregii reglementări, fiind un principiu implicit, cum se întâmplă cu principiul legalității în materia achizițiilor publice).

Exercitarea de către autoritate a drepturilor sale trebuie să nu conducă la înfrângerea principiilor specifice, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor. De altminteri, văzând și cuantumul considerabil al condițiilor economice de participare, restricționarea privește majoritatea operatorilor economici formată din microîntreprinderi, întreprinderi mici și întreprinderi mijlocii, astfel cum sunt acestea definite în Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii. Din perspectiva autorității contractante, nu ar trebui să prezinte nicio relevanță numărul de contracte pe care le încheie, atâta vreme cât obiectivul final al procedurii îl constituie achiziționarea serviciilor solicitate, iar nu acela de a încheia un singur contract/acord-cadru, cu un singur agent economic, pe o perioadă de doi ani și pentru o valoare considerabilă.

Pe de altă parte, după cum s-a evocat mai sus, legislația în vigoare nu interzice atribuirea unui acord-cadru pe doi ani, însă această opțiune nu poate fi fundamentată pe motivele străvezii cu care s-a prezentat SC ...SA, preluate mecanic din manualul amintit, cu precădere atunci când achiziția implică distorsiuni în sectorul de piață respectiv.

Chiar dacă autoritatea contractantă se prevalează de normele art. 16 din ordonanță, acestea nu o scutesc de obligația respectării principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru. Orice decizie a autorității trebuie analizată și circumstanțiată în prealabil prin prisma alinierii la principiile aplicabile (Curtea de Justiție a Comunităților Europene, hotărârea din 17 septembrie 2002, cauza C-225/99 Concordia Bus Finland Oy Ab împotriva Helsingin Kaupunki și HKL-Bussiliikenne).

Față de cele reținute, în baza art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite capătul principal de cerere din contestația depusă de SC ... SRL și

va anula licitația deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de servicii de transport feroviar de cărbune, cod CPV 60200000-0, cu data inițială de deschidere a ofertelor 14.01.2013, organizată de SC ...SA. Încălcarea art. 143 din ordonanță afectează iremediabil procedura de atribuire, imposibilitatea continuării ei atrăgând decizia de anularea procedurii.

În ceea ce privește divizarea achiziției pe loturi, pe care o pretinde societatea contestatoare, o asemenea posibilitate nu este permisă de configurația Sistemului Electronic de Achiziții Publice, care nu acceptă schimbarea unei proceduri de atribuire a unui contract/acord-cadru unic, într-o procedură de atribuire pe loturi. Prin urmare, chiar dacă cererea de divizare ar fi întemeiată, finalitatea rămâne aceeași – anularea achiziției.

Vizavi de cerința de calificare de la pct. III.2.1.b) din fișa de date – dovedirea deținerii în proprietate și/sau chirie, leasing, asociere etc a parcului activ de vagoane și locomotive –, ea nu intră în conflict dispozițiile legale specifice, însă, după cum judicios a remarcat autoarea contestației, ea nu are legătură cu "capacitatea de exercitare a activității profesionale" a ofertantului, respectiv a fost prevăzută greșit de către autoritate la această rubrică, din cadrul căreia se impune eliminarea ei.

Potrivit art. 183 din ordonanță, autoritatea are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, deci nu dovezi legate de dotările sale materiale (vagoane și locomotive). Separat de acest considerent, este de observat că autoritatea contractantă nici nu a combătut în vreun fel critica adusă de contestatoare.

Întemeiată este și obiecția contestatoarei față de condiția de calificare constând în prestarea în ultimii 3 ani a cel puțin unui serviciu de transport cărbune de minim 6.000.000 tone/an, consemnată la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției.

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea găsește de cuviință să introducă anumite cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și care *îngrădesc cel mai puțin* operatorii economici.

Cerința prezentării doar a unui singur contract de servicii similare, de minimum 6.000.000 tone/an, conduce la situații de neacceptat, din care se degajă lipsa sa de relevanță concretă în verificarea capacității ofertanților de a presta serviciul scos la licitație. De pildă, cu ce ar fi mai prejos pentru autoritate un ofertant care a executat anterior zece contracte similare pentru un volum de 1.000.000 tone/an fiecare, care împreună totalizează livrarea a 10.000.000 tone/an? De ce ar trebui descalificat un astfel de

oferant, a cărui experiență profesională este arhisuficientă pentru probarea potențialului de finalizare a investiției? Este limpede că autoritatea contractantă se găsește într-o eroare, întrucât nu se poate afirma că operatorii economici care în ultimii trei ani nu au executat un contract similar de minimum 6.000.000 tone/an, însă au executat mai multe contracte pentru astfel de servicii, care cumulate cantitativ acoperă pragul impus, nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

Așadar, prin solicitarea în dezbatere autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 179 și ale părții introductive a 188 alin. (3) din ordonanță, dar și pe cele ale art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu a asigurat corelația dintre informațiile necesare pentru probarea capacității ofertanților și cerințele obligatorii stabilite pentru aceștia, în funcție de exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit. Pe cale de consecință, dat fiind că este restrictivă cerința dovedirii experienței similare doar printr-un singur contract, cum s-a arătat în amonte, se impune revizuirea corespunzătoare a ei. Cerința prezentării doar a unui singur contract îngreunează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor anterior menționate.

Pe lângă toate acestea, o dovadă mai elocventă și mai solidă decât decizia nr. 3785 din 19 august 2009, pronunțată într-o speță similară chiar de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în care s-a statuat asupra nelegalității cerinței dovedirii experienței similare doar cu un unic contract, nici nu poate să existe. Argumentele exemplare aduse de instanța supremă își păstrează valabilitatea și în cauza de față:

*"În cuprinsul fișei de date a achiziției autoritatea contractantă a impus o serie de criterii de calificare pentru verificarea capacității economico-financiare și a capacității tehnice și profesionale. Autoritatea a prevăzut drept cerință minimă de calificare, în cap. V.4 – Capacitatea tehnică și profesională, condiția că „oferantul trebuie să facă dovada că a finalizat în ultimii 5 ani (pentru lucrări)/3 ani (pentru servicii) câte un contract de fiecare tip de lucrare/serviciu” a căror valoare să atingă un anumit prag specificat. Așadar, autoritatea a impus ca ofertanții să facă dovada experienței similare prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare din cele patru tipuri de lucrări/servicii ce fac obiectul acordului-cadru, precizând totodată și un prag valoric pentru fiecare tip de lucrare/serviciu.*

După cum rezultă din dispozițiile legale de la art. 176, 178 alin. (1), art. 179, 182 alin. (1) și (2), art. 188 alin. (2) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și de la art. 7 și 8 alin. (1) și (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, esențial în soluționarea prezentei cauze este de a se verifica respectarea de

către autoritatea contractantă, odată cu impunerea cerinței minime de calificare de la cap. V.4 din fișa de date a achiziției, a principiilor nerestricționării participării la procedura de atribuire, proporționalității în raport cu obiectul contractului, respectiv cel al luării în considerare a exigentelor specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit. Or, sub acest aspect se constată că prima instanță (Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 1635 din 14 aprilie 2009) a apreciat corect că, prin impunerea ca ofertanții participanți să facă dovada experienței similare prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare din cele patru tipuri de lucrări/servicii ce fac obiectul acordului-cadru autoritatea a încălcat aceste principii, cu consecința încălcării și a principiilor nediscriminării și egalității de tratament, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și cea a neatingerii scopurilor pentru care se desfășoară achiziția publică, anume cele de la art. 2 alin. (1) lit. a), b) și d) din ordonanță. Obiectivul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, poate să nu fie realizat cât timp, prin cerința restrictivă și nejustificată de mai sus, se ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului și care ar putea propune și prețul cel mai scăzut.

Scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă două sau mai multe contracte pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, care însumate să atingă pragul valoric impus prin fișa de date pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, sub condiția executării lucrărilor, respectiv prestării serviciilor derivând din respectivele contracte, în același timp. Aceste contracte relevă în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare decât în situația în care dovada se realizează printr-un singur contract.

Ținând seama de scopul impunerii cerințelor minime de calificare și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, impunerea pragurilor valorice nu este nelegală, însă stabilirea modalității de dovadă a capacității tehnice experienței similare, aptitudinilor, eficienței și eficacității ofertanților, de natură a reduce riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător, prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare tip de lucrări, are caracter restrictiv și disproporționat,



*limitând în mod artificial competiția și încălcând principiul egalității de tratament și nediscriminării, totodată nefiind justificată de autoritatea contractantă în condițiile art. 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006."*

În decizia sa civilă nr. 318 din 23 februarie 2011, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, a recurs la aceeași interpretare, în sensul dovedirii capacității tehnice prin prezentarea unuia sau mai multor contracte. Mai recent, este de remarcat decizia similară nr. 1997 din 6 aprilie 2012 a Curții de Apel Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

În considerarea acestei practici judiciare statornice și a celor ce preced, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatoarei referitoare la cerința de calificare în discuție sunt întemeiate.

Văzând următoarele prescripții legale:

- art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea". Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 178 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire";

- art. 179 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească. [...]";

- art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare";

- art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

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

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit",

și luând în considerare susținerile petentei și justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că cerința analizată este nelegală și prin prisma impunerii materialului transportat, respectiv doar cărbune. Prestarea serviciilor licitate nu depinde în mod necesar de transportul de cărbune, neputându-se afirma că operatorii feroviari care au transportat agregate minerale sau alte materii prime nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia". În niciun caz experiența prealabilă similară nu trebuie confundată cu experiența prealabilă identică, cum a procedat autoritatea contractantă. Prin urmare, accentul trebuia pus pe capacitatea de transport a ofertantului, iar nu pe bunurile care au făcut obiectul transportului (mai cu seamă că, în speță, s-a impus deținerea de către ofertanți a unui tip de vagon special pentru transportul cărbunelui).

Incompatibilă cu dispozițiile legale precitate și cu principiul liberei concurențe este și condiția ca ofertanții să declare că parcul de vagoane și locomotive nu va fi utilizat în derularea altor activități comerciale în perioada de valabilitate a contractului cu SC ...SA. Acest contract nu presupune angajarea concomitentă și totală, pe întreaga perioadă de executare a lui, a celor 32 de locomotive și 1700 de vagoane impuse, motiv pentru care exclusivitatea dorită de autoritate se vădește a fi nelegală. Nu prezintă relevanță pentru autoritate pentru cine va utiliza ofertantul contractant respectivele locomotive și vagoane în afara perioadelor în care ele sunt implicate în transportul cărbunelui pentru complex. Cu alte cuvinte, tot acest parc de utilaje nu poate fi blocat/confiscat de către autoritate pe durata acordului-cadru în perioadele în care el nu este exploatat pentru transportul cărbunelui către SC ...SA. Desigur, alta ar fi fost situația în care autoritatea contractantă ar fi închiriat, pe perioada acordului-cadru, flota de utilaje a contractorului, care ar fi presupus indisponibilizarea ei exclusivă pentru autoritate și plata corespunzătoare pe perioada închirierii, indiferent de utilizarea sau nu a ei. Dar, acordul-cadru în discuție nu este de închiriere, ci de transport, context în care nu există niciun temei pentru autoritate să le impună ofertanților blocarea flotei de locomotive și vagoane, spre a fi exploatate exclusiv în relația cu SC ...SA (mai cu seamă atunci când nu se atinge întreaga capacitate de transport). De regulă, fiecare operator economic este implicat în mai multe contracte, pentru executarea cărora își programează și alocă resursele necesare, fiind firească redirectionarea garniturilor de locomotive și

vagoane destinate utilizării pentru complexul energetic, în perioadele de repaus, către alți beneficiari.

Așadar, prin condiția rezervării întregului parc de material rulant autoritatea restricționează participarea la procedura de achiziție, iar restricționarea nu numai că este interzisă de art. 178 și 179 din ordonanță, ci este și sancționată cu amendă contravențională între 80.000 lei și 100.000 lei – art. 293 lit. i).

În plus, art. 5 alin. (1) lit. g) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, consideră practică anticoncurențială orice înțelegere care are ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care elimină de pe piață alți concurenți, limitează sau împiedică accesul pe piață și libertatea exercitării concurenței de către alte întreprinderi, precum și înțelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumite întreprinderi fără o justificare rezonabilă. Blocarea parcului de locomotive și vagoane reprezintă, în fapt, o interdicție la adresa ofertanților de a își exploata resursele disponibile prin utilizarea lor la încheiere unor contracte cu terții.

În concluzie, fiind nelegală, și această cerință nu își avea locul în documentația de licitație deschisă întocmită de SC ...SA.

Față de condițiile date, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de petentă este de prisos, ea neputând schimba soarta procedurii de atribuire inițiată de autoritatea contractantă, în sensul compatibilizării ei cu dispozițiile legale, ci dimpotrivă, poate conduce la confirmarea existenței și a altor abateri, de natură să întărească soluția de anulare a licitației, dispusă mai sus. În consecință, întrucât a fost admis capătul principal de cerere și s-a pronunțat soluția anulării procedurii, ipoteză în care nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să salveze procedura, se va respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere subsidiar din contestație, de corectare a documentației de atribuire.

De asemenea, dată fiind anularea de către Consiliu a procedurii de atribuire, desfășurată în mod nelegal de autoritatea contractantă, în baza art. 278 alin. (5) din ordonanță, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația nr. .../20.12.2012, cu care a fost investit ulterior de către SC ...SA, cercetarea acesteia devenind inutilă în raport cu soluția decisă.

Redactată în cinci exemplare, cuprinde douăzeci de pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

MEMBRU,  
...

MEMBRU,  
...