



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.... formulată de ... cu sediul în jud.... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.... având CIF ... reprezentată legal prin director general ... împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. , privind respingerea ofertei sale ca fiind inacceptabilă, emisă de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de reparații tip RR la locomotivele Diesel electrice de 2100 CP dotate cu instalație de încălzire electrică a trenului”, s-a solicitat:

1. „Să anulați ca nelegală decizia autorității contractante de respingere a candidaturii noastre ca inacceptabilă și să constatați îndeplinirea condițiilor de calificare contestate de autoritatea contractantă de către societatea noastră, urmând ca procedura de atribuire să continue cu luarea în considerare și a ofertei noastre tehnice și financiare;

2. Să dispuneți, în temeiul art.275¹ din O.U.G. nr.34/2006, suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea prezentei contestații.”

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

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de către ... cu sediul în ...
... jud.... în contradictoriu cu .

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. privind respingerea ofertei sale ca fiind inacceptabilă, emisă de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de reparații tip RR la locomotivele Diesel electrice de 2100 CP dotate cu instalație de încălzire electrică a trenului”, solicitând:

1. „Să anulați ca nelegală decizia autorității contractante de respingere a candidaturii noastre ca inacceptabilă și să constatați îndeplinirea condițiilor de calificare contestate de autoritatea contractantă de către societatea noastră, urmând ca procedura de atribuire să continue cu luarea în considerare și a ofertei noastre tehnice și financiare;

2. Să dispuneți, în temeiul art.275¹ din O.U.G. nr.34/2006, suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea prezentei contestații.”

În motivarea contestației, ... arată că, prin adresa nr. , i-a fost comunicat faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art.36 lit.b din H.G. nr.925/2006, deoarece nu a făcut dovada experienței similare, potrivit cerinței prevăzută la pct.III.2.3. „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, dar și că societatea sa se află într-un conflict de interese cu autoritatea contractantă, întrucât dl. , președinte al Consiliului de Administrație al ... începând cu data de 09.05.2013, a deținut funcția de Director General Adjunct Tehnic în cadrul anterior și, în această calitate, a semnat pentru aprobare caietul de sarcini al licitației în cauză, situație care s-a apreciat a fi de natură a distorsiona concurența între ofertanți, creând un avantaj și o poziție favorabilă față de ceilalți ofertanți.

Referitor la primul motiv de respingere a ofertei sale, contestatorul susține că a depus documentele de calificare în conformitate cu prevederile legale și dispozițiile fișei de date a achiziției, respectiv lista cuprinzând experiența similară și declarațiile solicitate prin documentația de atribuire. Într-adevăr, după cum se arată, nu s-a făcut referire la contractele din care să rezulte efectuarea de servicii de reparații (RR sau RG) la locomotive LDE 2100 CP cu încălzire electrică a trenului, deoarece acest tip de reparații nu se putea efectua decât la vehicule feroviare care se află în parcul autorității

contractante. Astfel, în opinia sa, documentele depuse dovedesc experiența sa similară în efectuarea acestor tipuri de servicii de reparații, potrivit solicitărilor din fișa de date.

În argumentarea punctului său de vedere, contestatorul arată că autoritatea contractantă trebuia să urmărească ca ofertanții să aibă capacitatea de a efectua serviciile de reparații care fac obiectul procedurii contestate, că ceea ce a urmărit autoritatea contractantă a fost o experiență identică deși noțiunile de experiență similară și experiență identică sunt diferite, precum și că accesul la procedură a fost restricționat prin precizarea că locomotiva LDE 2100 CP cu încălzire electrică a trenului diferă substanțial din punct de vedere constructiv de locomotiva LDE 2100 CP aflată în parcul de exploatare al celorlalți operatori feroviari.

Referitor la această ultimă precizare, contestatorul arată că cele două locomotive sunt similare, prezentând diferențele constructive „minime”.

Pe de altă parte, invocând prevederile Ordinului ANRMAP nr.509/20011, anexa 2, contestatorul arată că a participat la procedură cu subcontractantul S.C. S.R.L., care a dovedit experiența identică, situație în care criteriul de calificare a fost îndeplinit, deoarece capacitatea tehnică și profesională a ofertantului, respectiv resursele sale tehnice și umane, se cumulează cu cea a subcontractantului pentru partea de lucrare pe care acesta urmează să o execute.

De asemenea, invocând decizia civilă nr.318/23.02.2011 a Curții de Apel Timișoara, contestatorul arată că, pentru a nu fi în prezența unei cerințe prea specifice și, deci, disproporționată în sensul ordonanței de urgență, autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare, ca experiență similară a ofertantului, experiența acestuia câștigată în urma realizării mai multor contracte de prestări servicii cumulate, de unde rezultă că experiența similară poate fi și una cumulată din mai multe contracte.

De altfel, complexitatea lucrărilor executate, apreciază contestatorul, poate fi confirmată atât de autoritatea contractanta, cât și de un expert tehnic independent, pe care, în temeiul art.275 alin.4 din O.U.G. nr.34/2006 solicită a fi desemnat pentru a lămuri aspectele de natură tehnică învederate.

Concluzionând, contestatorul consideră că în lipsa unor precizări și justificări suplimentare din partea autorității contractante cu privire la afirmațiile că LDE 2100 CP cu încălzire electrică a trenului diferă substanțial din punct de vedere constructiv de LDE 2100 CP varianta de bază, respectiv că dovezile prezentate nu fac dovada efectuării unor lucrări de reparații specifice de complexitatea celor cuprinse în obiectul procedurii, susținerile autorității contractante din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire sunt neîntemeiate și încalcă flagrant principiile și scopurile instituite de O.U.G. nr.34/2006. Această încălcare, susține contestatorul, îi crează un prejudiciu direct, vădit, prin respingerea ofertei, creând astfel premisele atribuirii discreționare și subiective a contractului, astfel că se justifică anularea comunicării contestate și continuarea procedurii și față de societatea sa.

Cu privire la conflictul de interese în care s-ar afla societatea sa prin președintele Consiliului de administrație, dl. și referitor la aprecierea că participarea societății la procedură este de natură a distorsiona concurența, se arată următoarele:

Autoritatea contractantă a invocat prevederile art.67 din O.U.G. nr.34/2006 și respectiv prevederile art.2 alin.3 și 4 din H.G. nr.925/2006, după cum se arată, susținând că ... s-ar afla întrun conflict de interese cu ... raportat la faptul că actualul președinte al Consiliului de administrație al societății, dl. a vizat caietul de sarcini nr.776/2012, în calitate de Director General Adjunct Tehnic al autorității contractante.

Motivele invocate de autoritatea contractantă sunt apreciate ca multiple și contradictorii, aceeași situație reprezentând atât un conflict de interese, cât și o distorsionare a concurenței loiale între ofertanți.

Contestatorul consideră că aprecierile autorității contractante au fost făcute fără respectarea prevederilor legale în vigoare, astfel că sunt neîntemeiate.

Astfel, se susține că ... nu se află în niciuna dintre situațiile prevăzute de art.67 din O.U.G. nr.34/2006, deoarece dl. deși a participat la întocmirea documentației de atribuire pentru procedura de achiziție publică din 16.11.2012, aprobând-o, nu a participat apoi direct în calitate de ofertant la procedură.

De asemenea, contestatorul arată că nu se încadrează nici în cazurile prevăzute la art.69¹ din O.U.G. nr.34/2006, deoarece dl. nu a deținut concomitent cele două funcții la care se face referire, iar ... nu a avut și nu are relații comerciale sau de orice natură cu persoanele de decizie desemnate de autoritatea contractantă prin anunțul de participare nr.144668/22.06.2013, relații ce ar fi de natură, conform legii, să dea naștere unui conflict de interese între părți.

Invocând dispozițiilor art.2, din Ordinul ANRMAP nr.170/2012, contestatorul arată că îi incumbă autorității contractante obligația de a nominaliza în documentația de atribuire persoanele care aprobă/semnează documentele emise în legătură sau pentru procedură și care astfel intră sub incidența art.69¹ din O.U.G. nr.34/2006. Or, la art.III.2.1. din anunțul de participare, pct.4, la care se nominalizează persoanele cu funcții de decizie din cadrul ... nu este nominalizat și dl. Bobar Liviu Eftimie.

Cu privire la distorsionarea concurenței și tratamentul inegal între ofertanți, se arată că susținerile autorității contractante sunt nefondate, deoarece caietul de sarcini nr.776/2012 a fost aprobat de dl. la data de 22.10.2012, dată la care nu deține nicio funcție în cadrul ... respectivul caiet de sarcini a fost aferent unei licitații organizate la sfârșitul anului 2012, având ca obiect Reparație tip RR la locomotivele Diesel electrice de 2100 CP dotate cu instalație de încălzire electrică a trenului, conform anunțului de participare nr.140486/16.11.2012, procedură ce a fost anulată. De asemenea, caietul de sarcini nr.776/2012, precizează contestatorul, a fost modificat succesiv după cum rezultă din viza AFER.

Eventualul avantaj din cunoașterea anticipată a caietului de sarcini o aveau toți participanții la licitația publică inițiată prin anunțul de participare nr.140486/16.11.2012, susține contestatorul, iar nu numai societatea sa, caietul de sarcini fiind făcut public la data de 16.11.2012.

Presupusul avantaj în favoarea societății sale, arată contestatorul, nu poate fi dovedit, mai ales în condițiile în care de la acea dată și până la data publicării anunțului de participare în 22.06.2013, societatea sa nu a făcut niciun demers în sensul obținerii de avantaje față de ceilalți ofertanți. Mai mult, după cum rezultă și din documentația depusă, ... a obținut certificatul de omologare tehnică feroviară de la AFER pentru efectuarea de reparații planificate tip RR, RG la LDE 2100 CP, la data de 30.07.2013, cu câteva zile înainte de data limită a depunerii ofertei, respectivul certificat fiind obligatoriu pentru ofertanți, în dovedirea capabilității și experienței necesare în executarea contractului.

Invocând și redând dispozițiile art.5 și 6 din Legea nr.21/1996 - Legea concurenței, având în vedere că dispozițiile O.U.G. nr.34/2006 sunt apreciate ca lacunare cu privire la cazurile concrete în care concurența liberă între ofertanți este distorsionată și încălcată, contestatorul consideră că societatea sa nu poate fi inclusă în nici una din situațiile enumerate limitativ de lege și prin urmare situația de fapt în care se găsește nu reprezintă o distorsionare a concurenței.

Pentru o opinie avizată în acest sens și, în conformitate cu dispozițiile art.3 din Legea nr.21/1996, care prevede că „*administrarea și punerea în aplicare a dispozițiilor legii concurenței revine Consiliului Concurenței*”, singurul for național care poate dispune în privința situațiilor în care planează un dubiu cu privire la o eventuală încălcare a concurenței loiale pe piața, contestatorul solicită o adresă către acesta în sensul obținerii unui punct de vedere fundamentat cu privire la situația faptică invocată de autoritatea contractantă.

Pentru motivele expuse mai sus și mai ales, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a evidențiat în concret un avantaj sau un beneficiu pe care l-a obținut sau l-ar fi putut obține societatea sa în urma situației create și disputate și având în vedere că această situație nici nu a avut și nici nu va putea avea ca efect afectarea activității economice sau prejudicierea autorității contractante ori a celorlalți ofertanți, contestatorul apreciază susținerile autorității contractante privind concurența neloială, ca fiind neîntemeiate, neîntrunind condițiile cerute de lege, respectiv de a periclita sau prejudicia orice terță persoană.

În concluzie, contestatorul consideră că susținerile din comunicarea nr. sunt nelegale și neîntemeiate, îi creează un prejudiciu direct și nu poate fi înlăturat decât prin anularea deciziei de respingere a candidaturii sale.

Contestatorul prezintă, în continuare, argumente privind suspendarea procedurii la până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul art.275¹ din O.U.G. nr.34/2006

În drept, se invocă dispozițiile O.U.G. nr.34/2006, Legea nr.21/1996, OMT nr.290/2000, ordinul ANRMAP nr.170/2012, jurisprudența la care s-a făcut referire.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. înregistrat la C.N.S.C. sub nr.29789/05.09.2013 a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă prezentând istoricul procedurii, precizează că, prin adresa nr., a comunicat contestatorului faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu art.36 lit.b din H.G. nr.925/2006, câștigătoare fiind oferta depusă de S.C. S.A.

Față de prevederile fișei de date a achiziției, punctul III.2.3 și clarificării nr., autoritatea contractantă arată că documentele depuse de contestator „nu includ” nici un contract de reparații/ serviciu (RR, RG) pentru locomotive de tip LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului, obiectul procedurii în cauză privind locomotiva LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului, vehicul care diferă substanțial din punct de vedere constructiv de locomotiva LDE 2100 clasică (variante de bază), aflată în parcul de exploatare a celorlalți operatori feroviari.

Cu privire la diferențele dintre cele două tipuri de locomotive, autoritatea contractantă apreciază că se face o eroare în identificarea tipului de locomotivă ce face obiectul procedurii în cauză, dându-se dovada de confuzie referitoare la modificările constructive ale acestei locomotive. Locomotiva denumită generic „LDE 2100 CP dotată cu instalație electrică de încălzire a trenului”, nu este pur și simplu o locomotivă LDE 2100 CP clasică la care s-a montat un echipament independent, așa cum greșit interpretează contestatorul, susține autoritatea contractantă.

Prin tabelul comparativ de lucrări (servicii) ce se execută la cele două tipuri de locomotivă, arată autoritatea contractantă, contestatorul face, în fapt, o trecere în revistă generală a echipamentelor comune locomotivelor Diesel-electrice, evitând cu bună știință evidențierea diferențelor constructive între acestea (ex. locomotiva care face obiectul procedurii este echipată cu calculator de bord pentru a prelua gestionarea stării de funcționare, lucru care implică de asemenea, modificarea schemelor electrice și de interconectare a echipamentelor). Desigur că orice locomotiva Diesel-electrică are motor Diesel, Generator principal, servicii auxiliare, etc, dar, în opinia sa, este la fel de evident că, diferă construcția, interconectarea, modul de realizare a funcțiilor acestor echipamente, scheme electrice, etc.

Locomotiva „LDE 2100 CP dotată cu instalație electrică de încălzire a trenului”, după cum se arată, este un vehicul din flota C.F.R. Călători, care a fost modernizat nu doar prin implementarea funcției de încălzire electrică a trenului, ci printr-o serie largă de modificări constructive, ce sunt evidențiate, argumente care, alături de celelalte aspecte tehnice prevăzute

În documentația tehnică pentru acest tip de locomotivă, au făcut să se afirme „absolut justificat tehnic”, că locomotiva LDE 2100 CP echipată cu instalație electrică de încălzire a trenului, diferă substanțial din punct de vedere constructiv, de locomotiva LDE 2100 CP clasică (variante de bază) aflată în parcul feroviar al celorlalți operatori feroviari.

În atare condiții, prin documentația de atribuire și clarificările transmise, s-a luat măsura ca ofertanții să facă dovada executării în ultimii 3 ani a unor servicii similare *pentru acest tip de vehicule*, specificându-se în acest sens că „*Obiectul procedurii de atribuire SNTFC 66/2013 (publicată cu anunțul de participare ... se referă la locomotiva LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului*”, vehicul care „*diferă substanțial din punct de vedere constructiv de locomotiva LDE 2100 clasică (variante de bază), aflată în parcul de exploatare al celorlalți operatori feroviari*”.

Având în vedere clasa de risc ridicată 1 A (conform O.M.T. nr.290/n 2000) la care se încadrează serviciul de reparații locomotive, coroborată cu importanța realizării unor servicii, care să garanteze securitatea transportului de călători, autoritatea contractantă apreciază ca fiind absolut necesar ca prestatorul serviciului de reparație RR la locomotive LDE echipate cu instalație de încălzire tren, să facă dovada capacității efectuării acestor servicii pentru acest tip de vehicule, în condiții de siguranță și calitate.

Astfel, se arată că oferta contestatorului este inacceptabilă, în conformitate cu art.36 lit.b din H.G. nr.925/2006, deoarece nu a făcut dovada experienței similare, respectiv Lista cu principalele prestări de servicii similare în ultimii 3 ani, nu include niciun contract (sau orice dovadă) de reparații/serviciu (RR, RG) pentru locomotive de tip LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului.

Deși, ... a subcontractat operatorului economic S.C. S.R.L. o parte a acordului-cadru, având în vedere prevederile Ordinului nr.509/2011, autoritatea contractantă arată că a luat în considerare resursele umane și materiale ale subcontractantului, iar nu experiența similară. Pentru a beneficia de experiența similară a altuia, autoritatea contractantă susține că trebuia numit un terț susținător.

Invocând prevederile art.66 din O.U.G. nr.34/2006, precum și principiile statuate la art.2 alin.2 din ordonanță, în special principiul tratamentului egal, autoritatea contractantă arată că, în urma analizării documentelor depuse de contestator, pentru etapa de calificare, a constatat că, în Certificatul Constatator nr.45851/1/05.07.2013, pag.2, fila 7, la rubrica „Persoane împuternicite” figurează dl. cu calitate: ... și Funcția: președinte consiliu administrație la ... funcție deținută din data 09.05.2013, inclusiv la data deschiderii ofertelor conform înscrisului.

Autoritatea contractantă susține că dl., la data întocmirii caietului de sarcini nr.776/2012, a fost direct implicat în procesul de întocmire a acestuia, dovada fiind chiar aprobarea caietului de sarcini, a semnat nota privind estimarea prețului (în baza caietului de sarcini nr.776/2012), care conține elemente de cost aprobate de Consiliul Tehnico Economic al pentru

consumul de material și manoperă (cheltuieli secție, cheltuieli directe, cota aprovizionare, profit), iar completările caietului de sarcini nr.776/2012 sunt doar de formă, acestea impunându-se pentru o explicitare mai exactă a cerințelor autorității contractante, prin prisma prevederilor Ordinului Ministrului O.M.T. nr.290/2000.

Având în vedere că, la data de 22.06.2013, a fost publicat anunțul de participare nr.... și în JOUE cu nr.2013/S 121-208240 din 25.06.2013, precum și documentația de atribuire care cuprinde documentația descriptivă – caietul de sarcini nr.776/2012, după cum se arată, rezultă că ... având președinte al consiliului de administrație pe domnul (persoană cu funcție de decizie în cadrul, la data constatării necesității serviciului, respectiv aprobarea caietului de sarcini și estimarea prețului unitar), deci, calitatea de ofertant, conduce, indubitabil, la concluzia că acesta se afla într-un conflict de interese, apreciază autoritatea contractantă, contestatorul fiind avantajat față de ceilalți ofertanți, deoarece a cunoscut conținutul caietului de sarcini înainte de publicarea anunțului de participare.

Serviciul de reparații tip RR la locomotivele Diesel electrice de 2100 CP dotate cu instalație de încălzire electrică a trenului este un serviciu complex, arată autoritatea contractantă, încadrându-se din punct de vedere al siguranței feroviare în exploatare, într-o clasă de risc ridicată, astfel că, potrivit dispozițiilor art.67 din O.U.G. nr.34/2006 coroborat cu art.2 alin.3 și 4 din H.G. nr.925/2006, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau manifestarea, concurenței neloiale, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.

Invocând prevederile art.67 din O.U.G. nr.34/2006 și ținând seama că dl.Bobar Eftimie Liviu, în calitate de Director General Adjunct Tehnic, a aprobat caietul de sarcini, autoritatea contractantă susține că implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire este de natură să distorsioneze concurența și să determine apariția unui conflict de interese, precum și manifestarea concurenței neloiale.

Se apreciază că acceptarea ofertei contestatorului este de natura a afecta aplicarea principiilor care guvernează O.U.G. nr.34/2006, respectiv afectează imparțialitatea pe parcursul desfășurării procedurii de atribuire.

Contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că a respectat întocmai principiile prevăzute de art.2 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Pe baza celor mai sus prezentate, considerând că nu se impune suspendarea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, în temeiul art.278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare..

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.30096/09.09.2013, ... a formulat „Răspuns față de punctul de vedere al autorității contractante”, solicitând constatarea netemeinicii susținerilor acesteia, pentru următoarele considerente:

Cerința privind experiența similară a fost completată prin clarificarea nr.E21/2/5018/26.07.2013, completare care este nulă, în opinia sa, nefiindu-i opozabilă, deoarece, prin completarea cu expresia „pentru acest tip de vehicule” față de condițiile de calificare precizate prin anunțul de atribuire, s-ar fi extins obiectul procedurii de atribuire fără a respecta procedura instituită de O.U.G. nr.34/2006, respectiv, în sensul modificării conținutului documentației de atribuire în condițiile limitativ prevăzute de art.179 alin.4 din ordonanță. De altfel, contestatorul susține că modificarea efectuată de autoritatea contractantă a fost anticipată și prin răspunsul la clarificări cu nr.E21/2/5048/26.07.2013, în condițiile O.U.G. nr.34/2006 această completare fiind inadmisibilă.

Prin urmare, contestatorul susține că orice afirmație suplimentară legată de această condiție, nu poate fi luată în considerare, singura valabilă și opozabilă fiind formularea inițială publicată prin anunțul de participare și fișa de date a procedurii de atribuire.

În continuare ... prezintă argumente în sensul cambaterii celor afirmate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Cu privire la cererea privind suspendarea procedurii, contestatorul consideră că „autoritatea contractantă nu s-a pronunțat”.

Ca probe, s-au anexat: Specificație tehnică cod ST LDE 2100 CP-M—2010 și Certificat de omologare tehnică feroviară seria OT nr.102/2012.

Analizând cererea de numire a unui expert tehnic independent, formulată de contestator în temeiul art.275 alin.4 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul o va respinge având în vedere că la dosarul cauzei se regăsesc probe suficiente pentru soluționarea contestației.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La data de 22.06.2013, a inițiat procedura de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, privind acordul-cadru având ca obiect „Servicii de reparații tip RR la locomotivele Diesel electrice de 2100 CP dotate cu instalație de încălzire electrică a trenului”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 1.432.000 – 21.480.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, ... a formulat contestație, respinsă de C.N.S.C., prin decizia nr.... din ... decizie rămasă definitivă și irevocabilă prin respingerea plângerii formulată de același petent la Curtea de Apel .

Au fost depuse două candidaturi, printre care se regăsește și cea a contestatorului, candidaturi care au fost deschise la data de 01.08.2013, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.

Prin raportul procedurii de atribuire nr. autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare, în baza criteriului de atribuire, oferta depusă de S.C. S.A.

Împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. , ... a depus, în termen legal, prezenta contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.36 lit.b din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară. De asemenea, oferta a fost respinsă în considerarea dispozițiilor art.67 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, deoarece ... s-ar afla într-un conflict de interese.

Pentru a decide respingerea ofertei, ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a reținut că *Lista cu principalele prestări de servicii similare în ultimii 3 ani*, depusă de contestator, **„nu include niciun contract de reparații/serviciu (RR, RG) pentru locomotive de tip LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului”**.

În analiza legalității acestui motiv de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul se va raporta la prevederile cap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, în conformitate cu care ofertanții aveau obligația de a prezenta:

„Lista principalelor prestări de servicii similare prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați.(...)

Se va prezenta dovada efectuării unor servicii de același nivel de complexitate și tehnicitate la vehicule feroviare din care să rezulte capabilitatea operatorului pentru a efectua acest tip de operații”.

Cu privire la acest criteriul de calificare, observă Consiliul, prin răspunsul la clarificări nr., autoritatea contractantă a precizat:

„Obiectul anunțului de participare nr.../22.06.2013 se referă la locomotiva **LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului;**

Capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților este apreciată pe baza <Certificatului de omologare tehnică pentru reparația tip RR la LDE 2100CP cu încălzire electrică a trenului>, corespunzător tipului de vehicul în cauză;

Referitor la îndeplinirea cerințelor privind experiența similară, ... a solicitat prin Fișa de date pct.III.2.3. <...dovada efectuării unor servicii de același nivel de complexitate și tehnicitate la vehicule feroviare, din care să rezulte capabilitatea operatorului economic pentru a efectua acest tip de

operații>, respectiv dovada executării în ultimii 3 ani a unor servicii similare pentru acest tip de vehicule.

Menționăm în acest context că locomotiva LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului, diferă substanțial din punct de vedere constructiv de locomotiva LDE 2100 clasică (varianta de bază), aflată în parcul de exploatare al celorlalți operatori feroviari.”

Așadar, candidații aveau obligația de a face dovada efectuării, în ultimii 3 ani, a unor servicii similare care să fi privit tipul de locomotivă indicat, respectiv locomotiva LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică. Cu alte cuvinte similitudinea a fost acceptată de autoritatea contractantă doar în cazul serviciilor efectuate, iar nu și în cazul tipului de locomotivă, aceasta precizând chiar că locomotiva LDE 2100 CP dotată cu instalație de încălzire electrică a trenului, diferă substanțial din punct de vedere constructiv de locomotiva LDE 2100 clasică (varianta de bază).

Răspunsul susenunțat, reține Consiliul, nu a făcut obiectul vreunei contestații, situație în care forța sa obligatorie s-a consolidat, candidații neputându-l nesocoti la întocmirea candidaturilor. Corelativ, autoritatea contractantă avea obligația, în etapa de evaluare a candidaturilor, de a ține seama nu numai de cerințele stabilite prin documentația de atribuire, ci și de răspunsurile la clarificări care, în lipsa demersului arătat, devin parte integrantă din documentația de atribuire. În acest sens, relevante sunt dispozițiile art.170 din ordonanța de urgență, potrivit căreia „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire (...)” și dispozițiile art.34 alin.1 din hotărârea de guvern, potrivit cu care „În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, (...), comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte.”

Prin urmare, răspunsul în discuție nu putea fi ignorat la întocmirea candidaturilor, calea de urmat pentru înlăturarea acestuia, dacă era apreciat ca nelegal fie din punct de vedere al conținutului fie din punct de vedere al procedurii, fiind aceea a formulării unei contestații cu respectarea termenului legal, termen care a început să curgă la data de 26.07.2013 (a publicării răspunsului în SEAP) și s-a împlinit la 05.08.2013.

Sușinerile contestatorului nu vor fi primite în soluționare, așadar, deoarece reprezintă critici față de răspunsul la clarificări, tardive în prezent, verificarea îndeplinirii criteriului de calificare neputând fi făcută de comisia de evaluare și chiar de Consiliu, decât prin raportare la forma în care criteriul de calificare a fost impus prin fișa de date a achiziției și precizat prin răspunsul la clarificări.

Astfel fiind, verificând documentele de calificare ale contestatorului, respectiv anexa la formularul C1 – “Lista cu principalii beneficiari de servicii similare”, Consiliul observă că, așa cum corect a concluzionat autoritatea contractantă, nu apare indicat niciun contract care să respecte rigorile impuse. De altfel, însuși contestatorul arată că „Într-adevăr nu am făcut

referire la contracte din care să rezulte efectuarea de servicii de reparații (RR sau RG) la locomotive LDE 2100 CP cu încălzire electrică a trenului, deoarece acest tip de reparații nu se putea efectua decât la vehicule feroviare care se afla în parcul autorității contractante”.

Verificând îndeplinirea criteriului de calificare inclusiv prin prisma invocării de către contestator, a resurselor tehnice și umane ale subcontractantului S.C. S.R.L., Consiliul constată:

Dispozițiile legale care fac vorbire despre dreptul ofertantului de a subcontracta o parte din contractul de achiziție publică ce va fi atribuit, reține Consiliul, sunt următoarele:

- art.45 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, care prezintă conținutul: *„Fără a i se diminua răspunderea în ceea ce privește modul de îndeplinire a viitorului contract de achiziție publică, **ofertantul are dreptul de a include în propunerea tehnică posibilitatea de a subcontracta o parte a contractului respectiv.**”;*

- art.11 alin.7 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, care prezintă conținutul: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii subcontractanți, dar **resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, (...).**”*

Din economia dispozițiilor legale susenunțate, rezultă că ofertantul are dreptul de a subcontracta o parte din contract, însă ceea ce este obligată autoritatea contractantă să ia în considerare sunt resursele materiale și umane ale subcontractantului, pentru partea lui de implicare în contract.

Având în vedere că experiența similară nu se circumscrie noțiunilor de resurse materiale și umane care evident se referă la echipamente, utilaje, personal și diferite certificări, atestări, autorizații ce sunt într-o indisolubilă legătură cu resursele pe care subcontractantul le pune la dispoziția ofertantului în vederea executării contractului, Consiliul determină că ... nu poate beneficia de experiența similară a subcontractantului.

Același aspect rezultă și din interpretarea dispozițiilor Ordinului ANRMAP nr.509/2011, anexa 2, invocate de contestator.

Una dintre formele legale pe care contestatorul o putea adopta pentru a beneficia de experiența similară a subcontractantului, după cum susține și autoritatea contractantă, era aceea a indicării subcontractantului ca terț susținător, situația în care contestatorul avea obligația de a prezenta înscrisul despre care face vorbire art.11¹ alin.4 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare.

Or, în condițiile în care contestatorul a prezentat, printre documentele de calificare, înscrisurile „Declarație privind subcontractanții” și „Acord de subcontractare”, din care rezultă calitatea de subcontractant a S.C. S.R.L., Consiliul constată că ... nu poate beneficia de experiența similară a acestui operator economic, criteriul de calificare privind experiența similară apărând ca neîndeplinit și din această perspectivă.

Următorul motiv care a condus la respingerea ofertei contestatorului constă în faptul că autoritatea contractantă a apreciat a fi încălcate prevederile art.67 din ordonanța de urgență, deoarece caietul de sarcini a fost aprobat de dl., în calitate de director general adjunct tehnic al ... persoană care, ulterior, la data depunerii ofertelor, deținea funcția de președinte al consiliului de administrație în cadrul ...

Dispozițiile legale invocate de autoritatea contractantă, reține Consiliul, prevăd că *„Persoana fizică sau juridică care a participat la întocmirea documentației de atribuire are dreptul, în calitate de operator economic, de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, dar numai în cazul în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu este de natură să distorsioneze concurența.”*

Analizând situația de fapt din prezenta speță, Consiliul constată că ... nu este *„Persoana fizică sau juridică care a participat la întocmirea documentației de atribuire (...)”*, această persoană fiind dl. care, deși deține o funcție în cadrul societății menționate, nu are calitatea de ofertant, ofertant asociat sau subcontractant.

Cum persoana care a participat la întocmirea documentației de atribuire este diferită de cea care a participat la procedură, așa cum arată și contestatorul, rezultă fără putință de tăgadă că textul legal susenunțat nu este aplicabil.

Mai mult decât atât, întocmirea documentației de atribuire de o persoană fizică sau juridică nu conduce de plano la imposibilitatea acelei persoane de a participa la procedură, ci doar în măsura în care se dovedește că implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire este de natură a distorsiona concurența.

Astfel fiind, se constată că autoritatea contractantă a extins aplicarea art.67 din ordonanța de urgență, la o situație neprevăzută de acesta, comportament nepermis în prezența unei norme legale imperative, așa cum este textul legal în discuție.

În acest context, nu va mai fi efectuată vreo analiză a susținerilor părților, motivul de respingere a ofertei contestatorului fiind unul nelegal, rezultat al interpretării eronate a unei dispoziții legale.

Cu privire la incidența dispozițiilor art.69¹ din ordonanța de urgență, Consiliul constată că acesta nu a fost consemnat în raportul procedurii de atribuire ca temei legal de respingere a ofertei contestatorului, referirile la existența unui conflict de interese fiind făcute de autoritatea contractantă în scopul de a justifica aplicarea art.67 din ordonanța de urgență.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul respinge contestația, ca nefondată, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, având în vedere soluționarea cauzei.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.