



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

**În conformitate cu prevederile art.266 alin.2) 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: ...**

Pe rolul CNSC au fost înregistrate, sub nr. ... și nr. ... contestațiile formulate de ... și ... referitoare la procedura de achiziție, prin „normă internă”, organizată în vederea încheierii acordului cadrul având ca obiect „Servicii de transport feroviar de cărbune”, COD CPV 60200000-0, pentru ..., organizată de autoritatea contractantă SC ... SA ..., cu sediul în municipiul ... str. ... nr. ..., județul ...

Prin contestația nr. 1033/... înregistrată la CNSC cu nr. ..., formulată de ... cu sediul în municipiul ... B-dul ... nr. ..., ... având CUI ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... reprezentată legal de ... – Director General, împotriva adresei nr. 1759/ 27.01.2014, de răspuns la solicitările de clarificări, s-a solicitat: anularea, în parte, a actului autorității contractante emis ca răspuns la solicitările de clarificări sub nr. 1759/27.01.2014.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ... cu sediul în Orașul ... Etaj, Județul ... înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ... având CUI RO ... reprezentată convențional prin SCA ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul ... strada ..., nr. ..., sector ..., împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat:

- eliminarea prevederilor restrictive cuprinse în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, primul paragraf, în sensul eliminării sintagmei: „pe căile ferate române”, deoarece prin această prevedere se limitează posibilitatea dovedirii experienței similare la contracte încheiate în legătură cu transporturi efectuate pe căile ferate române;

- modificarea prevederilor restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției, ultimul paragraf, fila 4, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele emise de autoritățile competente din statul în care ofertantul își are sediul;
- modificarea prevederii restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, penultimul paragraf, fila 5, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele echivalente emise de autoritățile competente din statul în care în care terțul susținător își au sediul;
- suspendarea procedurii.

Conform prevederilor art. 273, alin. (1) din OUG nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ... și nr. .../2014, au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

### **DECIDE:**

Respinge ca nefondate excepțiile tardivității și rămânerii fără obiect a contestațiilor.

Admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu SC ... SA ..., și dispune modificarea documentației potrivit celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu SC ... SA ....

Dispune continuarea procedurii cu respectarea celor reținute anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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:

... a formulat contestație împotriva adresei nr. 1759/27.01.2014, de răspuns la solicitările de clarificări, emisă de SC ... SA ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție, prin „normă internă”, organizată în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect „Servicii de transport feroviar de cărbune”, pentru ....

Contestatorul solicită anularea în parte a actului autorității contractante nr. 1759/27.01.2014 prin care s-a răspuns la solicitările de clarificări formulate de o parte din operatorii economici invitați să participe la procedură și, pe cale de consecință, să dispună acesteia modificarea actului respectiv în sensul stabilirii obligativității fiecărui membru al unui consorțiu constituit în scopul depunerii ofertei de a îndeplini cerința tehnică obligatorie, conform OMT nr. 535/2007 de a deține certificat de siguranță partea A și B conform OMT nr. 535/2007 în care să se menționeze efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română.

În fapt, contestatorul precizează următoarele aspecte, cu privire la prezenta procedură de atribuire:

- prin invitația nr. ... -l-a invitat să participe cu ofertă tehnico-economică la procedura de achiziție în cauză, cu data deschiderii ofertelor în 29.01.2014, iar în data de 27.01.2014, prin actul nr. 1759, autoritatea contractantă a transmis răspunsuri la clarificări la documentația de atribuire prin care a precizat, la punctele 1 și 8, cu referire la conținutul capacității tehnice și/sau profesionale (punctul III.2.3.a) și standarde de asigurare a calității (punctul III.2.3.b), că în cazul unei asocieri vor fi luate în considerare resursele tuturor membrilor asociației. În opinia sa, această precizare încalcă prevederile OMT nr. 535/2007 și prevederile fișei de date a achiziției;

- în fișa de date a achiziției, la capitolul III.2.1.b - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă a solicitat ca prestatorul să facă dovada că deține „(...) certificat de siguranță partea A și partea B conform OMT nr. 535/2007 în care să se menționeze efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română”. Totodată, la capitolul III.2.3.a - Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a solicitat ca terțul susținător să prezinte certificat de siguranță partea B conform OMT nr. 535/2007 în care să se menționeze efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română – ASFR; mai mult decât atât, la același capitol, cu privire la dovedirea dotării

tehnice cu utilaje, instalații, echipamente tehnice se solicită ca și terțul susținător să facă dovada deținerii mijloacelor tehnice și dovada autorizării acestora în același mod ca și ofertantul, copii certificat de siguranță emis de AFER;

- ca urmare, contestatorul consideră că este evident că prin aceste solicitări, autoritatea contractantă s-a aliniat la cerințele tehnice obligatorii impuse de autoritatea de reglementare în domeniul feroviar, AFER, în privința condițiilor minimale de siguranță feroviară pe care trebuie să le îndeplinească orice operator de transport feroviar care operează pe teritoriul României;

- prin răspunsul la clarificări transmis cu actul nr. 1759/27.01.2014 intervine o contradicție între prevederile OMT nr. 535/2007 transpuse în solicitările din fișa de date a achiziției și condițiile pe care trebuie să le îndeplinească membrii unei asocieri. Astfel, prin răspunsurile la clarificările 1 și 8, autoritatea contractantă consideră că pentru cerințele prevăzute la punctele III.2.3.a și III.2.3.b în cazul unei asocieri vor fi luate în considerare resursele tuturor membrilor asociației, iar ca membrii asociați să fie obligați la îndeplinirea nominală a condițiilor legale minimale;

- de asemenea, contestatorul subliniază faptul că însăși autoritatea contractantă, prin răspunsul la punctul 7 din răspunsul la clarificări, justifică necesitatea experienței similare pe calea ferată română prin obligativitatea impusă de OMT nr. 535/2007 ca orice ofertant/terț susținător/operator de transport feroviar să dețină certificatele de siguranță sus menționate; aceasta apare ca o evidentă omisiune a autorității contractante de a avea în vedere că orice operator care se asociază în vederea depunerii unei oferte trebuie să dețină și să prezinte în nume propriu dovada îndeplinirii condițiilor tehnice speciale impuse de legislația în domeniul feroviar și anume deținerea unui certificat de siguranță partea A și B emis de ASFR din cadrul AFER.

În susținerea afirmațiilor de mai sus, contestatorul menționează următoarele:

- transportul mărfurilor periculoase pe teritoriul României se efectuează cu respectarea prevederilor conținute de reglementările naționale și europene aplicabile;

- certificatul de siguranță, eliberat în condițiile Legii nr. 55/2006 privind siguranța feroviară, reprezintă un document cu regim special, nominal și netransmisibil, care permite operatorului de transport feroviar accesul la infrastructura feroviară pe secțiile de

circulație, stațiile de cale ferată și liniile ferate industriale racordate la acestea sau zonele de manevră;

- pe parcursul transportului feroviar, cărbunele este încadrat ca marfă periculoasă conform Regulamentului privind transportul internațional feroviar al mărfurilor periculoase;

În cadrul acestor condiții, contestatorul consideră prioritare următoarele:

- deținerea unei licențe de transport feroviar, eliberată în conformitate cu prevederile OMT nr. 535/2007, în care să fie specificată posibilitatea efectuării transportului de mărfuri periculoase;

- deținerea unui certificat de siguranță, partea A și partea B, eliberat în conformitate cu prevederile OMT nr. 535/2007, în care să se menționeze posibilitatea efectuării transportului de mărfuri periculoase;

- deținerea, de către personalul de specialitate al operatorului de transport feroviar, a calității de consilier de siguranță la transportul de mărfuri periculoase. Această calitate este certificată de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română - ASFR, prin emiterea unui certificat în acest sens;

- deținerea, de către operatorul de transport feroviar, a unui set de proceduri/instrucțiuni de lucru sau alte documente, după caz, care să ateste că acesta a luat măsuri de organizare a activității de transport mărfuri periculoase, în cadrul sistemului de management al siguranței (SMS) pe care-l deține, și că prin dispozițiile interne adoptate asigură acoperirea și monitorizarea riscurilor rezultate.

În conformitate cu cele prezentate anterior, contestatorul consideră că rezultă că pentru efectuarea transportului de mărfuri periculoase, un operator de transport feroviar trebuie ca, în cadrul sistemului de management al siguranței evaluat și acceptat de către ASFR, să facă dovada:

- identificării tuturor riscurilor generate de această activitate, inclusiv în ceea ce privește dimensiunea activității, respectiv volumul mărfurilor transportate;

- stabilirii și aplicării de măsuri de ținere sub control a acestor riscuri în conformitate cu dimensiunea activității, respectiv cu volumul mărfurilor transportate;

- monitorizării eficacității măsurilor de ținere sub control a riscurilor rezultate din activitatea de transport a mărfurilor periculoase;

- includerii activității de transport mărfuri periculoase, inclusiv a eventualelor accidente/incidente rezultate din aceasta, în

raportarea anuală făcută către ASFR în scopul elaborării raportului statului membru către Agenția Feroviară Europeană - ERA, în scopul cuantificării indicatorilor de siguranță și stabilirii de măsuri de creștere a siguranței. Această raportare se face prin luarea în considerare a activității operatorilor de transport feroviar care activează numai pe teritoriul României, stabilirea valorii naționale de referință privind gradul de siguranță nefiind posibilă prin luarea în calcul a activității altor operatori, din alte state membre.

Contestatorul menționează că prin adresa ASFR nr. 2000/1851/2013, se arată că nu se poate face certificarea sistemului de management al siguranței aparținând unui operator de transport feroviar decât în baza experienței proprii acestuia, această situație regăsindu-se și în activitatea de supraveghere, iar prin actul ASFR nr. 2000/1851/2013, se arată că în cazul în care un operator de transport feroviar certificat de ASFR își completează experiența proprie cu experiența preluată de la o altă entitate feroviară, acesta este obligat să informeze ASFR despre acest lucru și să aplice prevederile conținute de legislația națională și europeană. Pentru edificare, ASFR ar trebui să verifice modul de gestionare a impactului produs de acest mod de lucru, în caz contrar nefiind îndeplinite condițiile impuse de Comisia Europeană prin regulamentele adoptate în domeniul feroviar (Regulamentul (CE) nr. 352/2009 al Comisiei din 24 aprilie 2009 privind adoptarea unei metode de siguranță comune pentru evaluarea riscului prevăzută la articolul 6 alineatul (3) litera (a) din Directiva nr. 2004/49/CE a Parlamentului European și a Consiliului).

În concluzie, contestatorul susține că situația expusă nu permite respectarea legislației europene și naționale din domeniul feroviar, caz în care este periclitată siguranța feroviară. Din acest motiv consideră necesară corectarea procedurii de achiziție în discuție, în sensul acordării acesteia cu legislația din domeniul feroviar.

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ... formulată de ... împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat:

- eliminarea prevederilor restrictive cuprinse în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, primul paragraf, în sensul eliminării sintagmei: „pe căile ferate române”, deoarece prin această prevedere se limitează posibilitatea dovedirii experienței similare la contracte încheiate în legătură cu transporturi efectuate pe căile ferate române;

- modificarea prevederilor restrictive cuprinse în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției, ultimul paragraf, fila 4, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele emise de autoritățile competente din statul în care ofertantul își are sediul;
- modificarea prevederii restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, penultimul paragraf, fila 5, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele echivalente emise de autoritățile competente din statul în care în care terțul susținător își are sediul;
- suspendarea procedurii.

Contestatorul precizează că, în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă impune condiția restrictivă ca dovada experienței similare să se facă strict cu contracte încheiate pentru transport feroviar, pe căile ferate române; de asemenea, se impune ofertanților și terțului susținător, obligația de a prezenta certificate emise de Autoritatea de siguranță Feroviară Română, omițându-se a se avea în vedere ipoteza în care terțul susținător este un operator economic care nu are sediul în România și care poate prezenta doar certificate echivalente emise de autoritățile competente din statele respective.

În ceea ce privește cap. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, referitor la sintagma „pe căile ferate române”, contestatorul apreciază că această condiție este contrară principiilor tratamentului egal și nediscriminării operatorilor economici precum și principiilor proporționalității și al recunoașterii reciproce.

Contestatorul arată că serviciile de transport feroviar ce urmează a fi prestate prin încheierea acordului cadru ce urmează a fi încheiat în urma desfășurării procedurii de atribuire, se regăsesc în cadrul Anexei 2B din OUG nr. 34/2006; în acest sens invocă dispozițiile art. 16 și art. 16<sup>1</sup> din OUG nr. 34/2006.

Totodată contestatorul susține că, condiția vizată de prezenta contestație, îngreudește în mod nepermis dreptul operatorilor economici străini precum și a celor români care pot prezenta experiența similară pe căile ferate străine, de a participa la această procedură, o astfel de limitare fiind contrară principiilor nediscriminării, proporționalității și a recunoașterii reciproce. În acest sens, contestatorul invocă Directiva nr. 18/2004 și dispozițiile OUG nr. 49/2009.

Raportat la toate principiile și dispozițiile menționate, contestatorul apreciază că limitarea impusă de autoritatea contractantă conduce în mod nepermis la blocarea dreptului operatorilor economici care nu desfășoară activitatea pe căile ferate române, ci, pe căile ferate din alte state sau celor care pot prezenta experiența relevantă, raportat la rețeaua de transport din alte state de a participa la această procedură. De asemenea, nici din punct de vedere al proporționalității, această condiție nu își găsește vreo justificare atât timp cât nu se poate identifica nici un argument care să susțină că ar exista un anumit caracter special, unic, al căilor ferate române, care ar face imposibilă desfășurarea activității de transport de către operatorii economici străini, raportat la această structură feroviară.

În condițiile în care numărul operatorilor economici ce își desfășoară activitatea în domeniul transportului feroviar de mărfuri este oricum limitat (dat fiind specificul acestei activități), contestatorul apreciază că limitarea astfel impusă conduce practic la blocarea accesului la această procedură și la imposibilitatea asigurării unei concurențe apte să satisfacă principiul eficienței utilizării fondurilor.

În ceea ce privește impunerea condițiilor ca prestatorul și terțul susținător să prezinte certificat de siguranță partea A și partea B, conform OMT nr. 535/2007 în care se menționează efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată, eliberat de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română, contestatorul consideră că este nelegală atât timp cât se limitează doar la certificatul emis conform legii române, de autorități române.

În raport cu considerentele arătate anterior, contestatorul arată că principiul recunoașterii reciproce și principiul tratamentului egal impun în sarcina autorității contractante obligația de a permite dovedirea certificărilor solicitate în persoana prestatorului și a terțului susținător, prin prezentarea oricăror documente echivalente emise de autoritățile competente din statul în care aceștia își au sediul; prin urmare, omisiunea autorității contractante de a indica această posibilitate la pct. III.2.1.b) și III.2.3.a) este nelegală.

În vederea soluționării contestației depuse de ... Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 1707/... transmiterea dosarului achiziției și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, potrivit dispozițiilor art. 274 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă conformându-se prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. 3889/ 07.02.2014.



În punctul de vedere, nr. ... transmis și prin fax și înregistrat la CNSC sub nr. 3777/06.02.2014, SC ... SA ... solicită Consiliului respingerea contestațiilor formulate de ... și de ... ca rămase fără obiect sub aspectul faptului că la procedura de achiziție publică au depus oferte și contestatorii, conform procesului verbal nr. 407/29.01.2014, deci implicit și-au asumat caietul de sarcini și fișa de date. În subsidiar, dacă se va trece peste acest aspect, solicită în temeiul art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, sub aspectul pronunțării unei soluții unitare, conexarea celor două contestații având în vedere faptul că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire și, în temeiul art. 278 din OUG nr. 34/2006 respingerea contestațiilor ca nefondate.

Autoritatea contractantă precizează că, la data de 17.01.2014, având în vedere Programul Anual de Achiziții pe anul 2014, notele justificative ale Sucursalelor ... și documentația publică au fost transmise invitații de participare către ... SC ... SA, SC ... SA, ... SC ... SA.

Autoritatea contractantă susține că la documentația de atribuire, au fost depuse contestații de către:

- ... prin care se solicita: „să anulați în parte actul autorității contractante nr. 1759/27.01.2014 prin care s-a răspuns la solicitările de clarificări formulate de o parte din operatorii economici și să dispuneți modificarea actului respectiv”;

- ... reprezentată legal prin ... prin care se solicita eliminarea prevederii restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III 2.3. din fișa de date, primul paragraf, în sensul eliminării sintagmei „pe căile ferate române”, modificarea prevederii restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.1.b. din fișa de date, ultimul paragraf, fila 4, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele echivalente emise de autoritățile competente din statul în care ofertantul își are sediul, precum și modificarea prevederii restrictive cuprinsă în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art. III.2.3 din fișa de date, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificatele echivalente emise de autoritățile competente din statul în care terțul susținător își are sediul.

Autoritatea contractantă învederează Consiliul că serviciile de transport feroviar cărbune pe care dorește să le achiziționeze se regăsesc pe Anexa 2B din OUG nr. 34/2006, iar 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 de urgență 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)", iar autoritatea contractantă nu este constransă de aplicarea unei proceduri instituită de prevederile OUG nr. 34/2006, obligațiile rezumându-se la întocmirea caietului de sarcini și a anunțului de atribuire, cum în mod corect, s-a procedat în speța supusă analizei. Mai mult, având în vedere faptul că nu există obligația de a aplica prevederile art. 176-196 din ordonanță, implicit nu există obligația de a se aplica nici prevederile HG nr. 925/2006 și ordinul ANRMAP nr. 509/2011.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, pentru a respecta principiile prevăzute de art. 2 din OUG nr. 34/2006, a acordat posibilitatea participării tuturor operatorilor economici interesați.

Având în vedere importanța obiectului contractului de achiziție publică ce ar urma să fie atribuit, respectiv transportul de cărbune pe calea ferată care este indispensabil pentru asigurarea producției de energie electrică și termică a CEO și faptul că acest contract de servicii are caracter de regularitate, autoritatea contractantă menționează că s-a recurs la această modalitate specială de atribuire a contractului luând în considerare atribuirea rapidă și flexibilă a contractelor subsecvente, reducerea costurilor administrative necesare pentru organizarea unei proceduri de achiziție și satisfacerea într-un timp optim a necesităților sale.

Cu privire la criticile contestatorilor referitoare la anumite condiții restrictive, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- având în vedere faptul că livrarea cărbunelui pentru cele trei sucursale ... se face din locații diferite, este necesară contractarea serviciului de transport cu un singur operator economic, întrucât în funcție de necesitățile ... SA există posibilitatea de a modifica programul și destinația livrărilor, iar suprapunerea mai multor operatori de transport pe aceeași infrastructură ar crea blocaje atât în punctele de încărcare cât și în stațiile ... de expediție/destinație;
- critica referitoare la prevederile restrictive cuprinse în documentația de atribuire, respectiv cea inclusă la art.3.2.3 din fișa de date este nefondată având în vedere faptul că potrivit legislației aplicabile în materia achizițiilor publice pentru a avea o ofertă admisibilă, operatorii economici participanți trebuie să

îndeplinească criteriile de calificare impuse de către autoritatea contractanta prin documentația de atribuire, în acest sens ofertanților li s-a solicitat să facă dovada deținerii certificatului de siguranță partea A și partea B conform OMT 535/2007, emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română, transportul de cărbune desfășurându-se pe calea ferată română;

- scopul îndeplinirii de către operatorii economici participanți a unor cerințe de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al acestora, potențial care trebuie să reflecte resursele de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de servicii;

- raportând răspunsul dat la clarificarea solicitată și la prevederile art. 178 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006 se poate constata că acesta este unul pertinent și reflectă necesitatea autorității contractante care este „singura în măsură să stabilească oportunitatea impunerii anumitor cerințe minime de calificare pe care ofertanta/ candidații trebuie să le îndeplinească și a nivelului acestora, cu condiția respectării principiilor proporționalității și al nediscriminării”;

- legislația în domeniul achizițiilor publice prevede dreptul ofertanților de a solicita clarificări în legătură cu documentația de atribuire și nu de a solicita modificarea acesteia;

- tuturor operatorilor feroviari li s-a asigurat un tratament egal și nediscriminatoriu deoarece nu li s-a restricționat posibilitatea de a veni într-o asociație, de a veni cu susținere tehnico-financiară;

- prin solicitări s-a aliniat la cerințele tehnice obligatorii impuse de autoritatea de reglementare în domeniul feroviar AFER, în privința condițiilor minime de siguranță profesională pe care trebuie să le îndeplinească orice operator de transport feroviar;

- pe parcursul transportului feroviar, cărbunele este încadrat ca marfă periculoasă conform Regulamentului privind transportul feroviar al mărfurilor periculoase. În acest sens, transportul cărbunelui se supune prevederilor conținute de reglementările naționale care stabilesc condițiile pe care un operator de transport feroviar, definit în conformitate cu Directiva 2004/49/CE privind siguranța căilor ferate, transpusă prin Legea 55/2006, trebuie să le îndeplinească;

- pentru menținerea unui grad de siguranță adecvat este necesar ca activitatea de transport feroviar a mărfurilor periculoase să poată fi evaluată de Autoritatea Națională de Siguranță;

- în cazul în care ANSFR nu poate supraveghea activitatea transportatorului feroviar ar putea fi afectată siguranța feroviară și implicit activitatea operatorilor de transport feroviar;

- este de la sine înțeles că fiecare ofertant participant la procedura de achiziție publică trebuie să facă dovada deținerii certificatului de siguranță partea A și partea B conform OMT 535/2007, emis de către Autoritatea de Siguranța Feroviara Română, în scopul dovedirii capacității exercitării activității profesionale;
- prin raportare la cadrul juridic anterior menționat, la importanța obiectului contractului, respectiv transportul de cărbune pe calea ferată care este indispensabil pentru asigurarea producției de energie electrică și termică a ... SA și prin faptul că este necesară efectuarea în condiții de maximă siguranță și securitate a acestui serviciu care în caz contrar ar pune în pericol funcționarea termocentralelor, cerințele solicitate, sunt legale, nelimitând accesul operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

Având în vedere prevederile art. 271 alin. (1) coroborat cu cele ale art. 256<sup>2</sup> alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare și pentru respectarea principiului contradictorialității prevăzut în art. 269 din același act normativ, Consiliul pune în discuția părților excepția privind tardivitatea contestației, prin adresele nr. 2579/... .. 13.02.2014 (SC ... SA ...) și nr. ...0/... .. 13.02.2014 (...).

Prin adresa nr. ... .. a răspuns solicitării Consiliului cu privire la tardivitatea contestației, menționând că a depus contestația nr. ... „împotriva actului autorității contractante cu nr. 1759/27.01.2014 emis ca răspunsuri la clarificări în legătură cu documentația procedurii de atribuire, a dreptului de a încheia contractul cadru „Servicii transport cărbune”, cod CPV 60200000-0 pentru ... și a contractelor subsecventa acestuia întocmită de SC ... SA ... și transmisă ... prin invitația nr. ...

... precizează, următoarele:

- data la care a luat cunoștință de actul contestat este 27 ianuarie 2014;
- adresa nr. 1759 a fost transmisă de către ... prin fax la ora 16:08 în data de 27.01.2014, actul fiind înregistrat la sediu în aceeași zi sub nr. 518;
- contestația a fost formulată și transmisă CNSC a doua zi după primirea actului contestat, respectiv în data de ...
- contestația formulată vizează actul autorității contractante nr. 1759/27.01.2014 emis ca răspunsuri la clarificări în legătură cu documentația procedurii de atribuire, act prin care se aduc modificări la documentația inițială de atribuire.

În consecință, având în vedere precizările de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să constate că a formulat

contestația nr. 1033/... în termenul prevăzut de dispozițiile art. 256<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește contestația formulată de ... împotriva aceleiași proceduri, contestatorul solicită Consiliului să constate că prin aceasta se critică documentația de atribuire, iar din cuprinsul contestației rezultă că acest ofertant a luat cunoștință de documentația de atribuire la data de 17 ianuarie 2014 și a înțeles să formuleze contestația în data de 30 ianuarie 2014.

Prin adresa nr. 3488/17.02.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 4848/17.02.2014, autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea Consiliului din adresa nr. 2579/... ..13.02.2014 solicitând respingerea contestațiilor ca tardiv introduse, având în vedere prevederile art. 271 alin. (1) coroborate cu art. 256<sup>2</sup> alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

SC ... SA ... a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de atribuire, prin „normă internă” în vederea încheierii acordului cadru având ca obiect: „Servicii de transport feroviar de cărbune”, COD CPV 60200000-0, pentru .... În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a transmis invitații de participare operatorilor economici din domeniu. Conform fișei de date a achiziției, valoarea estimată a acordului cadru este de 473.068.410 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Consiliul reține în soluționare faptul că autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție de servicii în baza O.U.G. nr. 34/2006 art. 16, anexa nr. 2B și a Normelor interne privind încheierea acordului cadru și contractelor subsecvente având ca obiect „servicii de transport feroviar de cărbune” pentru Sucursala ....

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității depunerii contestațiilor.

În cadrul invitațiilor nr. ... și nr. 1125/ 17.01.2014, autoritatea contractantă a menționat în mod expres faptul că „*pentru a intra în posesia documentației de atribuire (fișa de date, caietul de sarcini, model de contract subsecvent, model de acord cadru), vă rugăm să vă prezentați la sediul nostru din (...) prezentând în acest sens o scrisoare de interes*”.

Contestatorii au depus la adresa indicată scrisorile de interes nr. 201/20.01.2014 și nr. 1958/17.01.2014 și au primit

documentația la data de 20.01.2014, astfel cum rezultată din mențiunile și semnăturile olografe de primire a celor solicitate efectuate pe scrisorile de interes depuse.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu prevederile art. 256<sup>2</sup> din OUG nr. 34/2006 raportat la valoarea acordului cadru, Consiliul urmează să respingă ca nefondată excepția tardivității introducerii contestațiilor.

Referitor la excepția rămânerii fără obiect a contestațiilor, motivat de faptul că au fost depuse oferte, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, luând în considerare următoarele aspecte:

- potrivit prevederilor art. 255 orice persoană care se consideră vătămată într-un drept sau interes legitim printr-un act al autorității contractante poate depune contestație;
- legiuitorul a condiționat depunerea unei contestații de existența unui act al autorității contractante emis cu încălcarea prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, de existența unui interes și a unui prejudiciu și nu de depunerea unei oferte;
- depunerea unei oferte nu implică în mod automat acceptarea cerințelor restrictive existente în cadrul documentației de atribuire, cerințe care au fost contestate și care se află în curs de soluționare pe rolul Consiliului.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul analizând contestațiile formulate de ... și de ... Consiliul constată că aceasta vizează cerințele din documentația de atribuire.

Referitor la solicitarea de eliminare din cuprinsul cerinței autorității contractante din cadrul fișei de date a achiziției a sintagmei „pe căile ferate române” inclusă la art. III.2.3 primul paragraf, formulată de ... Consiliul reține următoarele:

- în cadrul fișei de date a achiziției pct. III.2.3.a) primul paragraf, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților *„prezentarea listei principalelor servicii similare prestate în ultimii 3 ani. Ofertantul va prezenta cel puțin un contract de servicii similare sau mai multe contracte, care însumate totalizează cel puțin 16.200.000 de tone de mărfuri transportate într-o perioadă de 1 an, pe căile ferate române”*

Analizând modul în care autoritatea contractantă a formulat cerințele în discuție, Consiliul constată că aceasta prin solicitarea prezentării unei dovezi că ofertanții au transportat o anumită cantitate de mărfuri „pe căile ferate române” a restricționat participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care

dispun de dotare tehnică și personal necesare prestării unui astfel de serviciu care fac obiectul procedurii în cauză pe căile ferate europene, dar care nu a prestat serviciul de transport mărfuri strict pe căile ferate române.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a respectat principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 respectiv cel al proporționalității și cel al recunoașterii reciproce în sensul că la stabilirea condițiilor de participare nu a ținut cont de faptul că aceste condiții 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 și nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici dintr-o anumită zonă le pot îndeplini.

Potențialul tehnic și posibilitatea concretă de a dovedi că un anumit operator economic poate avea pentru ducerea la îndeplinire a unui contract nu poate fi dovedit numai prin prezentarea unor contracte de servicii prestate strict pe căile ferate române.

Astfel, Consiliul apreciază că prin cerințele precizate în documentația de atribuire sunt încălcate principiile antemenționate, în sensul că la stabilirea condițiilor minime de participare prevăzute expres în fișa de date, autoritatea contractantă ar fi trebuit să țină cont că nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Chiar dacă procedura nu respectă OUG nr. 34/2006 *in integrum* autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor condiții de participare referitoare la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire, deoarece s-ar încălca principiile reglementate la art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul prestării serviciilor similare cu ceea ce urmează a fi prestat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că

are cunoștințele / experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că a finalizat astfel de contracte.

Ca urmare a celor mai sus evocate, Consiliul reține că autoritatea contractantă, prin cerințele contestate, încalcă principiul promovării concurenței și al proporționalității, principii prevăzute de dispozițiile art. 2 alin (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Față de aceste aspecte, critica formulată de ... cu privire la nelegalitatea prevederii art. III.2.3a) din fișa de date, primul paragraf în ceea ce privește sintagma „pe căile ferate române” este întemeiată urmând a fi admisă.

Referitor la modificarea prevederilor restrictive incluse la art. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției, ultimul paragraf, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificate echivalente emise de autorități competente din statul în care ofertantul își are sediul, Consiliul reține următoarele:

În cadrul fișei de date, autoritatea contractantă a solicitat la cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale – Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: *„Prestatorul va face dovada că deține (...) certificat de siguranță partea A și partea B conform OMT nr. 535/2007 în care să se menționeze efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată, emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română”*

Consiliul reține, în soluționarea contestației, faptul că în conformitate cu dispozițiile art. 207 Cod Civil *„în cazul activităților care trebuie autorizate de organele competente, dreptul de a desfășura asemenea activități se naște numai din momentul obținerii autorizației respective, dacă prin lege nu se prevede altfel. Actele și operațiunile săvârșite fără autorizațiile prevăzute de lege sunt lovite de nulitate absolută, iar persoanele care le-au făcut răspund nelimitat și solidar pentru toate prejudiciile cauzate, independent de aplicarea altor sancțiuni prevăzute de lege”*. Scopul persoanei juridice determină conținutul capacității sale de folosință. Întinderea capacității de folosință a societății comerciale este dată, sintetic de „obiectul de activitate”.

Având în vedere că necesitatea autorității contractante, expres detaliată în cadrul caietului de sarcini, constă în „prestarea de servicii de transport de cărbune pe calea ferată” în cadrul căruia au fost stabilite în mod expres care sunt obligațiile prestatorilor, și ținând cont de principiul *„specialia generalibus derogant”*, Consiliul reține că prevederile legilor speciale, respectiv art. 1 alin. (3) din OMT nr. 535/2007, dispun în mod imperativ faptul că *„operatorii economici pot efectua servicii de transport*



*feroviar pe căile ferate din România, în interes public și/sau în interes propriu, numai dacă dețin, cumulativ, licență de transport feroviar corespunzătoare tipului de serviciu care urmează a fi efectuat și certificate de siguranță care confirmă acceptarea propriului sistem de management al siguranței circulației, precum și acceptarea dispozițiilor adoptate pentru îndeplinirea cerințelor specifice secției de circulație și/sau zonei de manevră pe care își vor desfășura activitatea”.*

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că pentru prestarea serviciului ce face obiectul prezentei proceduri, se impune ca operatorii economici ofertanți să dețină certificate de siguranță partea A și partea B conform OMT nr. 535/2007.

Având în vedere obligațiile operatorilor economici impuse pentru derularea contractului, Consiliul reține că pentru a avea capacitatea de exercițiu în domeniul transportului de mărfuri periculoase, operatorii economici trebuie să dețină certificate de siguranță emise de instituțiile competente.

Astfel, riscul ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul fișei de date a achiziției nu au fost impuse participanților anumite condiții de participare, aparține autorității contractante.

Cu toate acestea, în elaborarea acestei condiții de participare, autoritatea contractantă, deși a indicat temeiul legal care impune această cerință, respectiv OMT nr. 535/2007, nu a ținut cont de prevederile art. 17 alin. (1) și (2) din același act normativ care dispun *„Certificarea acordată de ASFR în conformitate cu prevederile art. 14 lit. a) este valabilă și în celelalte state membre ale Uniunii Europene pentru servicii echivalente de transport feroviar. ASFR recunoaște ca valabile pe căile ferate din România certificatele de siguranță care confirmă acceptarea sistemului de management al siguranței, acordate de autoritățile responsabile cu certificarea de siguranță a operatorilor de transport feroviar din celelalte state membre ale Uniunii Europene, pentru servicii echivalente de transport feroviar”.*

Rezultă „ipso facto” că pentru îndeplinirea acestor servicii care au fost expres stabilite de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini, legiuitorul a impus în mod expres și imperativ ca operatorii economici să dețină anumite certificate de siguranță emise de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română însă, în situația în care aceste certificate de siguranță au fost acordate de autorități responsabile cu certificarea de siguranță a

operatorilor de transport feroviar din alte state membre UE, ASFR le va recunoaște ca fiind valabile pe căile ferate din România.

Față de aceste aspecte, critica contestatorului este întemeiată urmând a fi admisă.

Referitor la critica formulată de ... cu privire la „modificarea actului, în sensul stabilirii obligativității fiecărui membru al unui consorțiu constituit în scopul depunerii ofertei de a îndeplini cerința tehnică obligatorie, conform OMT nr. 535/2007 de a deține certificat de siguranță partea A și B conform OTM nr. 535/2007”, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, având în vedere următoarele aspecte:

- această cerință a fost impusă de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date la cap. III.2.1.b) denumit „capacitatea de exercitare a activității profesionale”
- prin răspunsul nr. 1759/27.01.2014 atât la întrebarea nr. 1 cât și la întrebarea 8, autoritatea contractantă răspunde în mod detaliat faptul că „în cazul asocierii de operatori economici, fiecare asociat va prezenta declarație privind (...) capacitatea de exercitare a activității profesionale”.

Analizând aceste răspunsuri, raportat la prevederile OMT nr. 535/2007, reținute mai sus, și luând în considerare faptul că aceste certificate de siguranță sunt nominale și nu poate fi susținut de o altă persoană, fiind acte *intuitu personae*, adică a fost eliberat datorită aptitudinilor, calităților, pregătirii sau organizării unei persoane juridice, înlocuirea posesorului certificatului de către o altă persoană juridică sau transmiterea acestui certificat unei alte persoane juridice, în vederea îndeplinirii unor funcții sau unor drepturi conferite de certificatele în cauză nu este posibilă, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă a indicat în mod clar faptul că aceste înscrisuri trebuie prezentate de toți membrii asociați care depun ofertă.

Referitor la solicitarea formulată de ... de modificare a prevederilor restrictive incluse la art. III.2.3.a) penultimul paragraf, în sensul adăugării posibilității de a prezenta certificate echivalente emise de autoritățile competente din statul în care terțul susținător își are sediul, Consiliul reține următoarele aspecte:

În cadrul fișei de date, autoritatea contractantă a solicitat la cap. III.2.1.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: „terțul susținător va prezenta certificat de siguranță partea B conform OMT nr. 535/2007 în care să se

*menționeze efectuarea transportului de mărfuri periculoase pe calea ferată, emis de Autoritatea de Siguranță Feroviară Română”.*

*Analizând această cerință, astfel cum a fost ea formulată Consiliul reține că este restrictivă, încălcând principiul recunoașterii reciproce. Astfel, deși autoritatea contractantă a indicat temeiul legal care a stat la baza impunerii acestei cerințe, respectiv OMT nr. 535/2007, nu a ținut cont de prevederile art. 17 alin. (2) și (3) care prevede „ASFR recunoaște ca valabile pe căile ferate din România certificatele de siguranță care confirmă acceptarea sistemului de management al siguranței, acordate de autoritățile responsabile cu certificarea de siguranță a operatorilor de transport feroviar din celelalte state membre ale Uniunii Europene, pentru servicii echivalente de transport feroviar. Operatorii de transport feroviar licențiați de autoritățile responsabile cu acordarea licențelor operatorilor de transport feroviar din celelalte state membre ale Uniunii Europene, care dețin un certificat de siguranță partea A și care intenționează să efectueze pe căile ferate din România un serviciu echivalent de transport feroviar, trebuie să dețină în mod obligatoriu un certificat de siguranță partea B obținut, în conformitate cu prevederile prezentului ordin, de la ASFR”.*

Față de aceste aspecte, critica este fondată urmând a fi admisă.

Referitor la criticile ... cu privire la faptul că autoritatea contractantă a omis corelarea cerințelor din fișa de date cu răspunsul al clarificări astfel a creat premisele unei situații discriminatorii între ofertanți și terții susținători de o parte și membrii unei asocieri pe de altă parte, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată, având în vedere faptul că experiența similară este o condiție de participare referitoare la capacitatea tehnică a ofertanților, condiție care așa cum am reținut mai sus, demonstrează potențialul ofertanților, reprezintă istoricul ofertantului iar în situația în care respectivul ofertant nu are suficientă experiență în domeniu poate să fie la rândul său susținut de către un alt operator economic care va garanta autorității contractante faptul că care ofertantul va întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se va obliga să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă.

Ori, așa cum rezultă fără putință de tăgadă din motivarea anterioară, susținătorul nu va trebui să execute contractul decât în situația în care ofertantul nu a putut duce la îndeplinire întregul contract. Rezultă „*ipso facto*”, că la momentul în care terțul

susținător ar putea începe să execute el însuși contractul, parte din acesta a fost deja executat de către ofertant, însă din motive diverse nu a putut însă să îl finalizeze. În caz contrar, adică în situația în care terțul susținător ar începe execuția contractului de la început, fără ca ofertantul să execute absolut nimic din contract, pe de o parte, ar conduce la concluzia că, prestatorul real al serviciului s-ar masca astfel sub calitatea de susținător al unui ofertant, astfel adevărații prestatori ar fi terții susținători, care poate că nu ar avea posibilitatea de a participa la această procedură, în calitate de asociați sau individual, datorită faptului că poate nu ar putea îndeplini toate condițiile de participare.

În concluzie, terțul susținător este un garant al ofertantului față de autoritatea contractantă că respectivul contract va fi îndeplinit în bune condiții astfel că nu trebuie confundat cu ofertantul.

În raport de cele reținute, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, urmează să admită contestația formulată de către ... în contradictoriu cu SC ... SA ..., și va dispune modificarea documentației potrivit celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanță, va respinge ca nefondate contestația formulată de ... în contradictoriu cu SC ... SA ....

În temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006 va dispune continuarea proceduri cu respectarea celor reținute anterior.

**PREȘEDINTE COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

**MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 21 (douăzeci și unu) pagini.