



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2409/C2/2477

Data: 01.11.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49435/21.09.2021, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cu sediul social în Polonia, Bydgoszcz, str. Zygmunta Augusta nr. 11, având număr de înmatriculare în registrul societăților KRS 091267838, CIF PL5540311775, reprezentată legal prin Robert Tafilowski, în calitate de vicepreședinte al Consiliului de Administrație și Aneta Slowinska, în calitate de împuternicit, și convențional de SCA Schoenherr și Asociații, cu sediul procesual ales în București, Bd. Dacia nr. 30, et. 7, sector 1, împotriva raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021, comunicat în SEAP, la data de 08.09.2021, de către MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, cu sediul în București, str. Libertății nr. 16, sector 5, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie de cca. 18 m destinate transportului public de călători”, s-au solicitat:

- Anularea parțială a raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește declararea ofertei PESA drept necâștigătoare și, respectiv, declararea ofertei depuse de BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ș. drept admisibilă și câștigătoare și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de autoritatea contractantă, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise participanților la procedură, pe cale de consecință, anularea deciziei autorității contractante prin care s-a declarat necâștigătoare oferta PESA și drept

câştigătoare oferta depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ş.

- obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ş. din punct de vedere al admisibilităţii în sensul declarării acestei oferte ca inadmisibilă şi excluderea acestui ofertant de la procedura de atribuire;

- obligarea autorităţii contractante la refacerea clasamentului ofertanţilor, cu consecinţa declarării ofertei PESA drept câştigătoare.

Prin cererea de intervenţie voluntară nr.2036/2236/29.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 51328/30.09.2021, ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, cu sediul în Arad, Str. Petru Rareş nr.1-3, Jud. Arad, înregistrată la ONRC sub nr. J02/536/1998, având CUI RO 10966616, reprezentată legal de Vasile Diaconescu, în calitate de director general, solicită încuviinţarea în principiu a cererii de intervenţie ca o cerere de intervenţie principală şi anularea procedurii de atribuire.

Prin cererea de intervenţie voluntară nr.401/01.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 51726/01.10.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., cu sediul în Ahi Evran OSB Mah. Artuklular Sok. Nr. 3 A/2 Sincan, Ankara, Turcia, reprezentată de Yigit Belin şi convenţional de societatea de avocaţi "Raţiu & Raţiu" - S.P.A.R.L., cu sediul ales pentru comunicare actelor de procedură în Bucureşti, Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, et. 6, sector 1, solicită admiterea cererii de intervenţie şi respingerea contestaţiei, ca neîntemeiată.

Contestaţia şi cererile de intervenţie vor fi soluţionate împreună având în vedere dispoziţiile art. 17 alin. (2) şi (3) din Legea nr. 101/2016, precum şi prevederile art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR, asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA critică raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, comunicat în SEAP, la data de 08.09.2021, de către MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ŞI ADMINISTRAŢIEI, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziţie susmenţionată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestaţiei, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA prezintă un istoric al desfăşurării procedurii de atribuire, precizând că, potrivit comunicării rezultatului procedurii, oferta sa a fost declarată necâştigătoare, oferta câştigătoare fiind cea depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş.

Faţă de acest aspect, după analizarea documentelor puse la dispoziţie de către autoritatea contractantă, urmare a acordării accesului la propunerile tehnice şi financiare depuse de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., contestatorul precizează că

a constatat o serie de neconformități în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor de calificare de către ofertantul câștigător, precum și aspecte tehnice de natură să ridice îndoieli cu privire la conformitatea ofertei tehnice a acesteia.

Detaliind argumentele care, în opinia sa, susțin încălcarea normelor legale de către ofertantul declarat câștigător, denumit, în continuare, BOZANKAYA, contestatorul învederează următoarele:

1. Ofertantului BOZANKAYA îi este incident motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind de notorietate faptul că, începând cu octombrie 2020, înainte de depunerea ofertei în cadrul procedurii, contractul încheiat între BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. și Municipiul București privind achiziția a 100 de troleibuze noi a fost reziliat de către Municipiul București din culpa BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., pentru nerespectarea prevederilor contractuale privind prezentarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective, condiție esențială pentru îndeplinirea contractului.

Având în vedere că, potrivit informațiilor din surse publice, prejudiciul efectiv suferit de autoritatea contractantă până la acest moment, se ridică la 12.624.895 RON, contestatorul apreciază că rezilierea s-a produs pentru o încălcare gravă a uneia dintre obligațiile principale din contractul respectiv, întrucât fără documentația de omologare, troleibuzele respective nu puteau fi livrate și nici puse în funcțiune. Mai mult, arată că lipsa omologării făcea imposibilă livrarea, în termen, a troleibuzelor, precum și verificarea conformității acestora cu toate normele/standardele și prevederile legale în vigoare aplicabile punerii în circulație a acestor troleibuze.

Pe de altă parte, se precizează că, deși notificarea de reziliere transmisă de către Municipiul București face obiectul unui litigiu inițiat de către BOZANKAYA în fața instanțelor competente, potrivit datelor disponibile pe portalul instanțelor, cererea de anulare a notificării de reziliere a fost respinsă, ca neîntemeiată, cu consecința menținerii deciziei de reziliere și, presupune contestatorul, a obligării BOZANKAYA la plata despăgubirilor solicitate de autoritatea contractantă. Așadar, a fost menținută decizia autorității contractante, neexistând o decizie finală de anulare a notificării de reziliere, iar, potrivit legii, rezilierea operează și își produce efectele pe deplin.

În atare condiții, contestatorul apreciază că BOZANKAYA avea obligația să declare existența acestei situații și să prezinte autorității contractante, în mod transparent, cazul de reziliere, precum și toate datele necesare pentru o evaluare *in concreto* a admisibilității sale la procedură. Or, susține contestatorul, BOZANKAYA a prezentat informații false în ceea ce privește posibilele motive de excludere în care acesta se regăsește, declarând că nu există niciun motiv de excludere în ceea ce privește încetarea anticipată a unui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

În opinia contestatorului, această conduită a ofertantului este sancționată de către prevederile art. 167 alin.(1) lit. h) din Legea 98/2016, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei depusă de BOZANKAYAm în sensul excluderii acestui ofertant de la procedură, având în vedere incidența motivelor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

2. Într-o altă critică se precizează că BOZANKAYA nu îndeplinește cerințele privind experiența similară, prevăzute în fișa de date, astfel cum a fost modificată prin erata din 27.11.2020, respectiv cerința referitoare la livrarea de produse similare (pentru transportul urban pe șine) în cadrul unuia sau mai multor contracte, cu o valoare cumulată/lot egală cu valoarea fiecărui lot.

Pentru dovedirea experienței similare, potrivit DUAЕ, BOZANKAYA a prezentat, după cum se arată, două contracte, respectiv:

- BTSC. SEE 49208.WOOO din 01.09.2015 realizat în asociere cu Siemens Ak-tiengesellschaft Österreich și Siemens Ltd. pentru furnizarea materialului rulant pentru 22 trenuri de metrou rapid (88 module) pentru proiectul Metro Bangkok Green Line BTSC, proiect finalizat în 10.10.2019, în valoare de 42.974.690 EUR (39,65% din valoarea contractului); și

- Contractul nr.2014/17532 din 14.11.2014, încheiat cu Municipality Kayseri pentru furnizarea a 31 tramvaie, proiect finalizat în 06.10.2017, în valoare de 43.905.400 EUR.

Cu privire la primul contract susmenționat, contestatorul arată că nu respectă cerințele fișei de date și nu poate fi folosit în dovedirea experienței similare întrucât:

- trenurile de metrou rapid, ce au făcut obiectul contractului invocat drept experiență similară nu se încadrează în noțiunea de produse similare celor ce fac obiectul prezentei proceduri acestea referindu-se la produse pentru transportul urban pe șine.

În primul rând, subliniază contestatorul, trenul de metrou se încadrează în categoria de transport suburban, iar nu urban, existând diferențe substanțiale între un tramvai și un metrou, diferențe care derivă tocmai din faptul că metroul este un mijloc de transport suburban, iar tramvaiul este un mijloc de transport urban. Invocând Directiva (UE) 2016/798 privind siguranța feroviară, contestatorul arată că, la nivel european, există o delimitare clară între sistemul de transport urban (cum e cazul tramvaiului) și cel suburban (cum e cazul metroului).

În al doilea rând, contestatorul arată că standardele solicitate expres în caietul de sarcini fac o delimitare extrem de clară între metrou și tramvai, drept clase diferite de material rulant, astfel încât nu se poate susține că acestea ar fi produse similare. Astfel, raportându-se la o serie de standarde europene, contestatorul prezintă argumente care diferențiază, în mod substanțial, metroul de tramvai, concluzionând că tramvaiele trebuie să fie pregătite să circule în traficul orașului (dimensiuni adecvate, lumini, semnalizatoare, asigurare rutieră etc.), în

timp ce metrourele sunt diferite și nu au nevoie de astfel de pregătiri, deoarece rulează pe un sistem separat de cale.

Potrivit contestatorului, argumentele BOZANKAYA în dovedirea faptului că trenurile de metrou rapid pot fi calificate ca vehicule pentru transportul urban pe șine, sunt neîntemeiate, având în vedere că, în urma verificărilor efectuate, ANAP a emis Avizul condiționat nr. 5123/99/CN1022480/AC/27.01.2020, potrivit căruia în ceea ce privește experiența similară a ofertantului BOZANKAYA „...nu reiese dovada livrării de produse similare în sensul că nu rezultă similaritatea dintre produsele solicitate, care constituie obiectul prezentei proceduri de achiziție (pentru transportul urban pe șine) și obiectul contractului încheiat cu Bangkok Mass Transit System Public Company Ltd (BTSC).”

În urma acestui aviz, după cum arată, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului BOZANKAYA clarificări cu privire la încadrarea produselor livrate în noțiunea de produse similare, iar acesta, ca răspuns, a invocat, pe de o parte, Ghidul CEN - CENELEC - secțiunea 1, paragraful 4, citând, în opinia contestatorului, trunchiat prevederi din cuprinsul respectivului ghid. În acest context, contestatorul redă extrase din paragrafele relevante, tocmai pentru a arăta că acest ghid nu plasează metroul în transportul urban ci doar utilizează o definiție largă (speculată de Bozankaya), dar care a fost, anterior, clar delimitată în transport urban, respectiv suburban.

În altă ordine de idei, contestatorul precizează că, în contractul susmenționat, contribuția BOZANKAYA nu a fost corect declarată și, prin urmare, se impune reevaluarea din perspectiva motivelor de excludere a ofertantului BOZANKAYA, întrucât potrivit informațiilor publice, fazele esențiale ale producției garniturilor de metrou au fost coordonate și efectuate de către SIEMENS, iar asamblarea acestora (conform proiectului SIEMENS) a fost efectuată exclusiv de către BOZANKAYA.

Prin urmare, rezultă clar că rolul BOZANKAYA a fost limitat la a furniza o locație și forță de muncă pentru asamblarea trenurilor, asamblarea, în sine, fiind efectuată strict în baza proiectului tehnic realizat de SIEMENS, fără o contribuție a BOZANKAYA în celelalte stadii ale producției trenurilor.

De altfel, susține contestatorul, în dovedirea experienței similare, BOZANKAYA s-a limitat la a menționa că a executat activitățile prevăzute în Anexa 4 la contractul respectiv, fără a preciza, în concret, activitățile efectiv derulate, deși întreaga producție este deosebit de complexă și necesită experiență în toate fazele proiectului, experiență pe care BOZANKAYA nu o deține în baza acestui contract.

Raportat la contractul ce face obiectul prezentei proceduri, contestatorul precizează că acesta necesită expertiză în toate cele șapte faze ale producției unui tramvai, de la proiectare la testele pentru omologare, astfel că asamblarea trenurilor nu poate servi drept dovadă a experienței similare, iar BOZANKAYA nu se poate folosi de activitățile SIEMENS din acel contract pentru a se califica la această procedură, sens în care invocă și practica CJUE.

Mai mult, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să verifice activitățile efectiv realizate de către BOZANKAYA în cadrul acestui contract și nu doar să se limiteze la a aplica procentul declarat de către BOZANKAYA, care este format doar din activitățile aferente unei singure etape de producție a unui tramvai (din totalul celor 71).

Raportat la noile prevederi ale directivei europene în materie și la legislația din România, contestatorul apreciază că sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016 și se impune obligarea autorității contractante la reanalizarea motivelor de excludere a ofertantului BOZANKAYA din perspectiva prevederilor susmenționate.

În ceea ce privește cel de-al doilea contract prezentat în dovedirea experienței similare, contestatorul precizează că acesta nu se încadrează în perioada prevăzută de lege în care experiența este considerată relevantă, astfel că, deși, conform DUAE, contractul a fost finalizat în 16.10.2017, potrivit informațiilor din mass media, BOZANKAYA a livrat primul tramvai (pentru testări) în data de 23.03.2016, iar restul de 30 de tramvaie erau livrate și operaționale în oraș, în data de 26.04.2017.

Astfel, raportat la termenul inițial de depunere al ofertelor, 13.08.2020, contestatorul susține că livrarea și recepționarea tramvaielor aferente acestui contract s-a făcut înainte de termenul de 3 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor, ceea ce presupune că recepția s-a realizat după data de 13.08.2017.

În plus, se arată că, indiferent de cele menționate în documentul semnat de BOZANKAYA, la data de 16.10.2017, prevederea art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 vizează exclusiv contractele de servicii și lucrări, astfel încât nu poate fi extinsă pentru contractele de furnizare de produse cum este situația în speța de față.

Prin urmare, în opinia contestatorului, se impune, în primul rând, obligarea autorității contractante la reevaluarea experienței similare a BOZANKAYA aferentă contractului nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu Municipality Kayseri, din perspectiva determinării valorii experienței similare care poate fi luată în calcul, raportat la termenul de 3 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor.

În continuare, contestatorul prezintă argumente pentru care termenul de 3 ani se calculează anterior datei limită de depunere a ofertelor, precizând că, deși fișa de date (astfel cum a fost modificată) nu prevede, în mod expres, cerința ca experiența similară să fi fost dobândită în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani calculați retroactiv de la data limită pentru depunerea ofertelor, această condiție subzistă în baza prevederilor art. 179 lit. b din Legea nr. 98/2016 și se aplică atât timp cât nu există o manifestare expresă de voință din partea autorității contractante fundamentată pe rațiuni de concurență și adusă la cunoștința operatorilor economici conform legii. Modificările implicite nu sunt permise în materia achizițiilor publice, iar orice

derogare de la legislația aplicabilă trebuie să fie expresă și prezentată în mod transparent.

În speță, se arată că autoritatea contractantă nu a decis și nici nu a informat corespunzător potențialii ofertanți, în condiții de transparență, cu privire la acceptarea unor livrări efectuate cu mai mult de 3 ani în urmă față de data limită de depunere a ofertelor, prin urmare, condiția aplicabilă în cadrul procedurii era aceea că sunt acceptate livrările de produse efectuate strict în ultimii 3 ani de la data limită de depunere a ofertelor.

Mai mult, se arată că din documentele de calificare/DUAE, atât POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cât și ofertantul ASTRA au prezentat în susținerea experienței similare exclusiv produse livrate în ultimii 3 ani.

Prin urmare, având în vedere neîndeplinirea cerinței privind livrările în quantumul cerut pentru fiecare dintre loturi, în ultimii 3 ani dinaintea depunerii ofertelor, contestatorul apreciază că se impune obligarea autorității contractante la reevaluarea experienței similare aferentă acestui contract, cu consecința excluderii acestuia din evaluarea experienței similare din perspectiva prevederilor art. 167 alin. 1 lit. i din Legea nr.98/2016.

4. Într-o altă critică, contestatorul susține că autoritatea contractantă a evaluat, în mod greșit, conformitatea ofertei depusă de BOZANKAYA în ceea ce privește lista materialelor periculoase având în vedere că potrivit solicitării de clarificări nr. 39667/30.03.2021, pct. 9, ofertantul a declarat în oferta că *„Materialele nu se încadrează la categoria de materiale periculoase cf. definiției date de UNIFE (Union of European Railway Industries)”*.

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

Contestatorul subliniază că motivul solicitării de clarificări, în pofida declarației BOZANKAYA, a fost determinat de faptul că producția unui tramvai modern, conform specificațiilor caietului de sarcini, nu se poate efectua fără utilizarea materialelor periculoase, astfel că, în opinia sa, oferta criticată nu cuprinde lista materialelor periculoase solicitată prin caietul de sarcini, ofertantul BOZANKAYA alegând, în mod eronat, să se raporteze la definițiile UNIFE, care, aparent, îi permit să nu declare materialele periculoase folosite.

Susține contestatorul că definițiile UNIFE nu au forță obligatorie și nu pot constitui temei pentru afirmațiile eronate și neconforme ale ofertantului BOZANKAYA, deoarece UNIFE este o asociație privată a operatorilor economici din domeniul feroviar ce activează în Uniunea

Europeană, nu este un organism legislativ și nu are capacitatea de a emite norme/standarde cu forță obligatorie, în special, care să deroge de la acte normative cu caracter obligatoriu la nivel european. Competențele UNIFE sunt limitate la emiterea de recomandări/propuneri și nicidecum a unor definiții/standarde obligatorii, cerința din caietul de sarcini fiind obligatorie pentru toți ofertanții.

Mai mult decât atât, se arată că lista materialelor periculoase trebuia declarată în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 1272/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 decembrie 2008 privind clasificarea, etichetarea și ambalarea substanțelor și a amestecurilor, regulament obligatoriu în funcție de care se realizează clasificarea materialelor periculoase.

Prin urmare, susține contestatorul, oferta depusă de BOZANKAYA nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini privind depunerea listei de materiale periculoase, fapt ce impunea respingerea ofertei, ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016.

5. Într-o ultimă critică, contestatorul susține că autoritatea contractantă a evaluat, în mod greșit, conformitatea ofertei depusă de BOZANKAYA în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte, având în vedere că ofertantul a declarat, în mod expres, că detaliile listei de defecte vor fi stabilite după aprobarea clientului, adică a autorității contractante, de unde rezultă că BOZANKAYA a omis să depună odată cu oferta descrierea sistemului de diagnosticare (cu text, în limba română sau pictograme) și să transmită nomenclatorul de defecte, motiv pentru care oferta acestuia trebuia respinsă, ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și pe cele invocate în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 113506/24.09.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 50281/24.09.2021, MINISTERUL DEZVOLTĂRII, LUCRĂRILOR PUBLICE ȘI ADMINISTRAȚIEI, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, ca nefondată.

Cu privire la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

1. În ceea ce privește pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în cazul ofertantului BOZANKAYA, motivat de notorietatea contractului de furnizare pe care acesta l-a încheiat cu Municipiul București și care a fost reziliat pentru nerespectarea prevederilor contractuale, se menționează că, în procesul de analiză și evaluare, comisia de evaluare a verificat în SEAP, la secțiunea "Documente constatatoare", posibile încălcări aduse altor autorități contractante, de către ofertanții participanți la prezenta

procedură, în situația de față neexistând vreun document constatator cu privire la contractele încheiate de BOZANKAYA în care să fi adus grave prejudicii sau să fi fost de natură a duce la rezilierea acestora.

Prin urmare, faptul că un anumit operator economic a primit un document constatator negativ (la care comisia de evaluare nu are acces, informațiile provenind doar din spațiul media), dar care nu este încărcat în SEAP, la secțiunea dedicată, nu poate fi un motiv de excludere a ofertantului, deoarece respectivul document poate face obiectul unui litigiu, decizia finală de stabilire a vinovăției/ nevinovăției aparținând instanței de judecată competente. Mai mult, potrivit informațiilor de pe portalul Ministerului Justiției, documentul constatator emis de către Municipiul București a fost contestat de către BOZANKAYA, prin depunerea plângerii în dosarul nr. 31368/3/2020, cu termen în data de 18.10.2021, prin urmare nu există o hotărâre judecătorească definitivă cu privire la documentul constatator aferent contractului la care face mențiune contestatorul.

În același sens se arată că, prin prezentarea DUAЕ de către ofertantul BOZANKAYA, în care acesta a declarat, pe propria răspundere, că nu se află în situațiile de excludere reglementate de legislația în vigoare, respectiv încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, comisia de evaluare a apreciat acest document ca fiind necesar și suficient pentru declararea ofertei ca admisibilă sub acest aspect.

Autoritatea contractantă susține că autenticitatea și veridicitatea informațiilor cuprinse în DUAЕ aparțin exclusiv ofertantului, membrii comisiei de evaluare neavând atribuții în acest sens, prin urmare aspectul sesizat de către contestator intră sub incidența legii penale, iar comisia de evaluare nu are atribuții, în acest sens, și nu se substituie organelor competente.

Invocând notificarea ANAP cu privire la situația excepțională de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care prevede că „...nepublicarea în SEAP a documentului constatator (ca urmare a contestării sale sau a neîndeplinirii termenului de contestare) nu modifică efectele acestuia între părți, în măsura în care nu a fost suspendată executarea lui, ci afectează doar opozabilitatea față de terți a documentului constatator” autoritatea contractantă apreciază susținerile contestatorului ca fiind neîntemeiate și bazate pe supoziții, motiv pentru care solicită respingerea lor.

2. În ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind experiența similară de către BOZANKAYA, se precizează de autoritatea contractantă că obiectul contractului nr. 2014/17532, invocat de contestator, a fost executat de către Bozankaya Otomotiv Makina Imal ut Ithalat ve Ihracat Anonim Sirketi ca furnizor unic, prețul total, fără TVA, fiind de 43.905.400 euro, iar Bozankaya a fost responsabilă de executarea tuturor activităților prevăzute pentru furnizarea a 31 de tramvaie cu planșeu jos (low floor), cu dimensiunea de 33, respectiv proiectarea, execuția, asamblarea, testarea, livrarea, întreținerea și repararea

tramvaielor, astfel că, s-a apreciat cerința îndeplinită în baza contractului nr.2014/17532/14.11.2014, chiar dacă nu ar fi luat în calcul contractul BTSC SEE 49208.W000/01.09.2015.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă, raportat la prevederile Regulamentului (CE) nr. 1192/2003 al Comisiei de modificare a Regulamentului (CE) nr. 91/2003 al Parlamentului European și al Consiliului privind statisticile din transportul feroviar, o serie de argumente pentru care comisia de evaluare a considerat că, atât metroul rapid, cât și tramvaiul se încadrează în categoria transportului urban pe șine, în București metroul având porțiuni unde circulă atât în subteran cât și la suprafață.

Referitor la critica ce vizează neîncadrarea în perioada prevăzută de lege a contractului nr. 2014/17532, în care experiența este considerată relevantă, autoritatea contractantă arată că, prin Hotărârea nr.1866/20.10.2020, Curtea de Apel București a apreciat că se impune stabilirea unui nivel calitativ și cantitativ cu privire la experiența similară, însă a indicat modalitatea prin care poate fi asigurată o concurență adecvată, prin trimiterea la excepția stabilită de teza a doua a articolului 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, și anume acceptarea, ca experiența similară, și a contractelor de furnizare pentru a căror livrări s-au realizat într-un termen ce depășește limita de 3 ani reglementată prin legislație.

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

Astfel, autoritatea contractantă precizează că, potrivit documentului publicat, cerința de calificare a fost modificată, fără ca PESA să solicite clarificări sau să conteste modificările în termenul legal de 10 zile de la publicare, drept care, în acest moment, susținerile contestatorului sunt tardive.

Față de pretinsa nejustificare, în strategia de contractare a necesității acordării unui termen mai mare de 3 ani, înainte de data depunerii ofertelor, pentru dovedirea experienței similare, autoritatea contractantă subliniază că strategia de contractare este un document anexat documentației de atribuire, înainte de publicarea acesteia în SEAP, care nu este vizibil operatorilor economici, iar hotărârea Curții de Apel a fost pronunțată ulterior acestui moment, situație în care nu se mai puteau aduce modificări strategiei de contractare.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că a pus în aplicare prevederile art. 6 alin. (1) lit. c) din Instrucțiunea ANAP Nr. 2/2017 și reiterează argumentele pentru care comisia de evaluare a considerat cerința privind experiența similară a ofertantului BOZANKAYA îndeplinită chiar și pe baza contractului nr.2014/17532/14.11.2014, în condițiile în care nu ar fi luat în calcul contractul BTSC SEE 49208.W000/01.09.2015.

3. În ceea ce privește lipsa din cadrul ofertei depusă de BOZANKAYA a listei cu materialele periculoase, se arată că a regăsit în cadrul formularului de propunere tehnică asumarea cerințelor solicitate la capitolul 6.2 a caietului de sarcini astfel:

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

De altfel, după cum se arată, ofertantul BOZANKAYA a atașat ofertei tehnice, la pag. 241-248, buletinele de încercări privind cablajele, iar, prin declarația susmenționată, își asumă prezentarea până la livrarea primului tramvai a buletinelor de încercări emise de laboratoare autorizate UE sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România, conform cerințelor caietului de sarcini, capitolul 6.2.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, prin acuzațiile formulate, contestatorul face confuzie cu privire la materialele periculoase, deoarece exemplele identificate se referă la componente care fac obiectul capitolelor 8.5 *Bateriile de acumulatori* și 8.4.1 *Motoarele electrice de tracțiune* și nu la capitolul 6.2. *Materiale*.

Mai mult decât atât, se arată că BOZANKAYA și-a asumat prezentarea buletinelor de încercări solicitate înainte de livrarea primului tramvai, asumându-și faptul că acele buletine vor respecta cerințele caietului de sarcini precum și declarația ofertantului (D18), motiv pentru care comisia de evaluare nu validează cele declarate de contestator, având în vedere că oferta BOZANKAYA este fundamentată și susținută de documente, sub acest aspect.

5. Referitor la critica ce vizează afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte, autoritatea contractantă precizează că acuzațiile contestatorului se bazează pe simple presupuneri, acesta neavând acces la răspunsul la solicitarea de clarificare, oferta fiind declarată în integralitate confidențială.

Comisia de evaluare, analizând oferta depusă de BOZANKAYA, a regăsit, după cum se arată, în cadrul ofertei la pag. 307-308 din fișierul Anexă propunere tehnică_vFinal-signed, Enclosure 17_RO Nomenclatura defectiunilor - clasa de defectiune, iar, la pag. 34 a formularului de ofertă, s-a regăsit asumarea cerinței solicitată în caietul de sarcini, în sensul că *„Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Se va furniza nomenclatorul de defecte.”* Prin solicitarea de clarificări la care face referire contestatorul, comisia de evaluare a urmărit să clarifice aspectele legate de semnificația claselor de defectiune A, B și C, iar ofertantul, prin răspunsul său, a clarificat exact acest aspect.

Având în vedere mențiunile din documentul Enclosure 17 din anexa tehnică, pe care le redă în continuare, unde principalele tipuri de defecte

sunt clasificate ca fiind de tip A, B și C, fiecărei clase de mesaj text afișat pe display-ul de la bord fiindu-i specifică o culoare pentru identificare vizuală rapidă, autoritatea precizează că a considerat îndeplinită cerința.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază susținerile contestatorului ca fiind neîntemeiate și bazate pe supoziții, motiv pentru care solicită respingerea contestației pentru acest capăt de cerere.

Totodată, precizează că atât raportul procedurii de atribuire cât și procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, au primit aviz conform necondiționat din partea ANAP.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA ca fiind nefondată și făcută în scopul tergiversării procedurii de atribuire.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.2036/2236/29.09.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 51328/30.09.2021, ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA solicită încuviințarea în principiu a cererii de intervenție ca o cerere de intervenție principală și anularea procedurii de atribuire.

În prealabil, intervenientul precizează că, în urma contestării documentației de atribuire de către societatea sa, Curtea de Apel București a dispus, prin Decizia civilă nr. 1866/20.10.2020, pronunțată în dosarul nr. 4827/2/2020, modificarea documentației de atribuire prin impunerea unui criteriu cantitativ relevant pentru dovedirea capacității tehnice a ofertanților, ținând seama și de dispozițiile art. 179 lit. b) și art. 180 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, decizie ce a fost pusă în executare de către autoritatea contractantă.

În continuare, intervenientul prezintă motivele pentru care apreciază că procedura de atribuire s-a desfășurat cu nerespectarea considerentelor deciziei pronunțată de Curtea de Apel București și a prevederilor Instrucțiunilor Președintelui ANAP nr. 2/2017 („Instrucțiunile ANAP”), fiind necesară anularea sa.

În opinia intervenientului, cerința stabilită de autoritatea contractantă în urma pronunțării deciziei de către Curtea de Apel București presupune trei aspecte de nelegalitate care nu pot fi remediate decât prin anularea procedurii de atribuire, și anume:

1. mențiunea ca produse similare orice alte produse pentru transportul urban pe șine;

2. nu se menționează, prin raportare la dispozițiile art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016 și la considerentele Deciziei Curții de Apel București, dacă sunt acceptate sau nu produse relevante prestate cu mai mult de 3 ani anteriori datei-limită pentru depunerea ofertelor;

3. stabilește că valoarea cumulată a contractelor invocate ca experiență similară să fie minim egală cu cea estimată a fiecărui lot.

Invocând prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 5 alin. (2) din Instrucțiunile ANAP, intervenientul apreciază că o astfel de descriere lipsește cu desăvârșire, noțiunea de „transport urban pe șine” fiind mult prea largă (putând include și trenurile urbane,

metrourele, vehiculele feroviare ușoare ș.a.) inducând în eroare operatorii economici participanți, care au prezentat în susținerea experienței similare contracte referitoare la trenurile de metrou rapid.

Referitor la cel de al doilea aspect, intervenientul precizează că autoritatea contractantă a extins perioada de 3 ani, cerința modificată fiind neclară și incompletă, încălcând obligația impusă de prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016.

De altfel, susține intervenientul, această chestiune face obiectul contestației formulată de PESA, care critică oferta depusă de BOZANKAYA pentru că aceasta a prezentat contracte mai vechi de 3 ani, calculați anterior datei limită de depunere a ofertelor.

În legătură cu al treilea aspect, intervenientul susține că obligarea ofertanților de a prezenta contracte cu o valoare cumulată mai mare sau egală decât valoarea estimată a fiecărui lot nesocotește dispozițiile art. 3 alin. (3) lit. a), precum și prevederile art. 6 alin. (1) lit. c) din Instrucțiunile ANAP. Cu alte cuvinte, se arată că modalitatea de abordare aleasă de autoritatea contractantă, respectiv de nu limita numărul contractelor care pot fi prezentate în susținerea cerinței, impunea ca valoarea acestora să nu depășească valoarea estimată a fiecărui lot în parte.

Față de cele menționate, intervenientul susține că autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire având în vedere faptul că încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire, iar adoptarea unor măsuri corective este imposibilă fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2²) din lege.

În drept se invocă prevederile art. 17 alin. (3), art. 26 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, art. 61 al. (2) și art. 62 C. pr. civ., art. 154, art. 179, art. 180, art. 212 din Legea nr. 98/2016, precum și celelalte prevederi legale invocate.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.401/01.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 51726/01.10.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată.

În prealabil, intervenientul prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, justificând interesul său în formularea cererii de intervenție prin raportare la prevederile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și la calitatea sa de ofertant câștigător.

Referitor la criticile formulate de contestator, intervenientul precizează că acestea sunt simple supoziții neprobate având în vedere prevederile art. 10 alin. (1) lit. f) și lit. g), coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 și art. 249 din C. proc. Civ., încălcându-se astfel dispozițiile legale imperative privind motivarea și probarea contestației.

În ceea ce privește existența motivelor de excludere, BOZANKAYA apreciază ca fiind nejustificată susținerea PESA conform căreia s-ar încadra în motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din

Legea nr. 98/2016, întrucât informațiile prezentate în DUAЕ sunt corecte, nefiind necesară completarea în DUAЕ a informației privind orice caz de reziliere, deoarece, conform art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016, doar rezilierea rezultată în urma unei încălcări grave sau repetate poate constitui motiv de excludere.

Așadar, în opinia intervenientului, nu există niciun motiv pentru care încetarea unilaterală a relației contractuale cu Municipiul București trebuia menționată în DUAЕ, pe de o parte, pentru că pretinsa nerespectare a obligațiilor contractuale nu este nici gravă și nici repetată, iar, pe de altă parte, rezilierea contractului, aplicarea penalității și emiterea documentului constatator au fost și sunt în continuare în litigiu, cu precizarea că actul administrativ al autorității contractate de încetare a contractului și de aplicarea de sancțiuni a fost fundamental modificat între momentul depunerii ofertei și data prezentei cereri.

În continuare, intervenientul prezintă argumente care susțin faptul că nerespectarea obligațiilor contractuale aferente contractului indicat mai sus, nu este gravă și repetată, astfel că nu se poate considera că ar fi existat vreo intenție culpabilă sau vreo neglijență gravă a societății sale în ceea ce privește executarea obligației secundare de omologare, nefiind necesar ca această încălcare să fie declarată în DUAЕ, mai ales că existau în derulare litigii cu privire la rezilierea contractului, aplicarea penalității și emiterea documentului constatator.

De altfel, se învederează de intervenient că rezilierea contractului, aplicarea de penalității și emiterea documentului constatator au fost și sunt în continuare în litigiu.

În altă ordine de idei, intervenientul arată că societatea sa a atacat atât notificarea de reziliere, cât și certificatul constatator negativ, iar Municipiul București nu a publicat niciodată, în SEAP, certificatul constatator negativ pentru ca acesta să producă efecte juridice, fiind împiedicată de textul imperativ al art. 166 alin. (4) și (5) din H.G. nr. 395/2016.

Certificatul constatator negativ nefiind publicat nici la momentul depunerii ofertelor, nici la momentul la care s-a emis rezultatul procedurii și nici în prezent, nu își produce efectele, în opinia intervenientului, situația de fapt prezentată în cadrul acestuia fiind substanțial modificată prin decizia Curții de Apel București pronunțată în dosarul nr. 31036/3/2020 care este în continuare în litigiu.

În condițiile în care autoritatea contractantă este împiedicată să publice documentul constatator întrucât există litigii cu privire la legalitatea acestuia, intervenientul susține că societatea sa nu avea nicio obligație de a preciza în DUAЕ nerespectarea obligației secundare de omologare reclamată de Municipiul București. Astfel, apreciază că neindicarea în DUAЕ a încetării contractului încheiat cu Municipiul București pentru livrarea de troleibuze nu este un motiv justificat ca, în speță, să fie considerat incident art.167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.

98/2016, mai ales că, în prezent, societatea sa derulează cu succes livrări de tramvaie pentru Municipiul Timișoara și pentru Municipiul Iași.

Pe de altă parte, contrar susținerilor contestatorului, intervenientul precizează că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 reglementează un motiv facultativ de excludere, lăsând la aprecierea autorității contractante dacă operatorul economic este apt să execute contractul ce urmează a fi încheiat în procedura curentă.

Referitor la criticile ce vizează experiența similară, se arată că, în justificarea experienței similare, a declarat un număr de două contracte conforme cu documentația de atribuire, care respectă, fiecare în parte, cerințele experienței similare prevăzute fișa de date la pct.III.1.3.

Intervenientul precizează că, prin contestația formulată, PESA se raportează la o experiență identică și la produse identice cu cele ce fac obiectul procedurii de atribuire, ori autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin interpretări arbitrare ale documentației de atribuire în etapa de evaluare a ofertelor.

În opinia intervenientului, interpretarea dată de PESA cerințelor minime de calificare într-o manieră care limitează accesul operatorilor economici la procedură și care nu prezintă relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului, este contrară principiului transparenței.

În sensul că experiența similară nu reprezintă o experiență asemănătoare, s-a pronunțat, după cum se arată, și Consiliul, urmare a aplicării jurisprudenței CJUE.

Intervenientul susține că, în mod tendențios, PESA pretinde că garniturile de metrou nu ar reprezenta produse similare celor ce fac obiectul contractului, având în vedere că dispozițiile art. 2 alin. (2) din Directiva UE 2016/798 privind siguranța feroviară reglementează domeniul de aplicare al acestei directive și nu oferă o clasificare a anumitor produse, astfel cum pretinde contestatorul.

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

Contrar susținerilor contestatorului privind răspunsul la solicitările de clarificări, intervenientul precizează că a prezentat informațiile relevante din cuprinsul standardelor Europene EN 17343 și EN 17355, la care face referire.

Se precizează că garniturile de metrou, care fac obiectul Contractului BTSC. SEE 49208.W000, se încadrează în categoria vehiculelor pentru transport urban de șine, conform Ghidului CEN-CENELEC 26 Ediția 1, Iunie 2013 *"Aplicații feroviare. Pregătirea standardelor pentru proiectarea, construcția, fabricarea, operațiunile și întreținerea sistemelor feroviare urbane"* și conform Standardului

European EN 17355 - Aplicații feroviare. Dispozitive de comunicații pentru cale ferată urbană. Cerințe de sistem.

Potrivit mențiunilor din scrisoarea de referință emisă de BTCS și documentelor suport puse la dispoziția autorității contractante în justificarea experienței declarate în DUAЕ, intervenientul arată că a livrat un număr de 22 de garnituri de metrou (fiecare având 4 vagoane), care operează în limitele urbane ale Bangkokului.

Față de aspectele menționate, intervenientul susține că autoritatea contractantă, în mod corect, a apreciat experiența BOZANKAYA din acest contract ca fiind experiență similară în raport de cerințele documentației de atribuire și de dispozițiile legislației privind achizițiile publice.

De altfel, se învederează de către intervenient că ANAP, în evaluarea procedurii de atribuire, după clarificările oferite de societatea sa, a emis avizul conform care confirmă temeinicia explicațiilor oferite de către acesta.

Contrar susținerilor contestatorului privind contribuția BOZANKAYA în contractul BTSC. SEE 49208.W000, intervenientul arată că societatea sa a fost responsabilă de executarea tuturor activităților prevăzute în Apendicele 4 (a se vedea extrasul din Anexa 7 - la Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 12005/29.01.2021) iar potrivit celor menționate în scrisoarea beneficiarului din data de 1 februarie 2021 (Anexa 6 la Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 12005/29.01.2021), a fost responsabilă de producția, asamblarea, testarea, transportul și livrarea la Beneficiar a celor 22 de garnituri de metrou.

Mai mult, se arată că BOZANKAYA a fost, în mod solidar, responsabilă de executarea tuturor obligațiilor stabilite în sarcina Consorțiului conform Contractului BTSC. SEE 49208.W000.

Prin raportare la documentele prezentate autorității contractante, intervenientul susține că a prezentat, în mod corect, experiența similară, traducerea furnizată de contestator, fiind trunchiată, scoasă din context dintr-un comunicat general de presă din portofoliul SIEMENS, cu intenția vădită de a minimiza rolul BOZANKAYA în cadrul consorțiului SIMENS-BOZANKAYA, scopul fiind să se ajungă la concluzia că oferta ar fi inacceptabilă.

Intervenientul prezintă o serie de contraargumente la susținerile formulate de contestator cu privire la contractul nr. BTSC. SEE 49208.W000, care, în opinia sa, dovedesc caracterul tendențios și nefondat al criticilor formulate, motiv pentru care se impun a fi respinse.

Referitor la critica potrivit căreia Contractul nr. 2014/17532 nu se încadrează în termenul de referință pentru a reprezenta experiența similară, intervenientul precizează că, prin măsura de remediere dispusă prin adresa nr. 157802/23.11.2020, autoritatea contractantă a exclus condiția ca experiența similară să se încadreze în termenul de 3 ani, prin urmare, contrar susținerilor PESA, s-a înlocuit complet cerința privind experiența similară inclusă inițial în fișa de date, context în care toate

susținerile referitoare la neîncadrarea în termenul de 3 ani a experienței similare se impun a fi respinse, atâta timp cât măsura nu a fost contestată în termenul legal.

În subsidiar, în măsura în care se apreciază în mod contrar, intervenientul învederează că acest contract se încadrează oricum în termenul de 3 ani privind experiența similară, datele furnizate de PESA fiind stabilite, în mod arbitrar, de către aceasta.

Potrivit documentelor depuse în justificarea DUAЕ, intervenientul arată că livrarea și recepția tramvaielor de către Municipality Kayseri a avut loc în perioada 09.09.2016 -06.10.2017, astfel că susținerile contestatorului referitoare la documentația de atribuire sunt nefondate, pentru considerentele pe care le expune în continuare.

În ceea ce privește critica vizând cerința privind materialele periculoase, intervenientul susține că aceasta este respectată de către BOZANKAYA, contrar susținerilor contestatorului, în legislația de mediu din industria de profil existând alternative ecologice pentru lubrifianti, materiale de acoperire (coating) pentru pulverizare electrostatică sau automată, aplicarea prin presiune sau cu role, precum și diferite metode de proces de uscare și întărire, agenți refrigeranți etc, pe măsură ce faza de reducere și conversie prevăzută de legislația de mediu europeană este în creștere.

În opinia intervenientului, afirmațiile PESA sunt pur speculative, acesta făcând referire la oferta unui alt participant la licitație extrapolând datele propriei oferte tehnice și procesului său de fabricare.

Mai susține că societatea sa, în vederea implementării standardul ISO14001, a introdus treptat în politica de companie folosirea de materiale și consumabile prietenoase cu mediul de la furnizori acreditați, majoritatea din Uniunea Europeană, care sunt acceptate de Agenția Europeană de Mediu ca alternative ecologice, și prezintă în continuare argumente care combat susținerile contestatorului referitoare la rolul UNIFE, susținând caracterul obligatoriu al reglementărilor UNIFE, care a dezvoltat și implementat standardul IRIS.

Intervenientul subliniază că, în conformitate cu cerințele Cap. 6.2 din caietul de sarcini, a prezentat și cele 2 declarații privind materialele folosite și asumarea prezentării buletinelor de încercări emise de laboratoare acreditate - D13 și D18, împreună cu declarația de conformitate pentru cabluri (oferta tehnică paginile 241-248).

În concluzie, intervenientul apreciază nefondate susținerile PESA potrivit cărora s-a omis prezentarea listei materialelor periculoase.

Referitor la criticile ce vizează nomenclatorul de coduri de defecte, intervenientul precizează că acestea sunt pur speculative și atribuie o interpretare eronată solicitării de clarificări a autorității contractante, prin care s-a cerut o lămurire formală și nu s-a constatat absența nomenclatorului.

În acest sens, intervenientul arată că în oferta sa au fost prezentate toate informațiile solicitate prin documentația de atribuire referitoare la această cerință. Astfel, în propunerea tehnică, la pag 32-

35 (Tabloul de bord), sunt menționate detaliile privind prezentarea codurilor de defect sub forma de text în limba română împreună cu toți parametrii afișați, în anexa tehnică au fost prezentate, pe secțiuni specifice, detaliile privind tabloul de bord, interfața HMI (display pentru vatman/sistem de gestiune TCMS/diagnosticare - inclusiv imagini ale tabloului de bord și ale aplicației de diagnosticare, coduri de defecte, tematica curs de instruire (pag. 109-124, 125, 127, 283 - 295, 307,319), iar, în Anexa tehnică, Enclosure 17, s-a prezentat nomenclatorul de defecte pe clase de culori standard în funcție de gradul de severitate al defectelor în conformitate cu EN 50126-1:2017.

Având în vedere că textul codurilor de eroare va fi afișat în limba română, intervenientul precizează că a fost inclusă și mențiunea *„detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului”*, respectiv textul în limba română al meniului HMI va fi supus avizării beneficiarului, adică nu se va livra tramvaiul și, ulterior, se vor face remedierile referitoare la textul traducerii (implementă în aplicație).

De asemenea, intervenientul arată că, prin răspunsul la clarificări, a reconfirmat autorității contractante detaliile privind parametrii afișați/erorile prin aplicația de diagnosticare astfel cum au fost prezentate în propunerea tehnică și secțiunile specifice ale anexei tehnice, cu precizarea ca nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate, respectiv așa cum a fost menționat în Enclosure 17, iar lista integrală cu mesajele textelor aferente defecțiunilor va fi implementată în sistem după aprobarea clientului.

Se învederează că mențiunea referitoare la aprobarea clientului este bazată pe experiența cerințelor beneficiarilor finali ai tramvaielor livrate în contractele anterioare și curente care au avut interfața ușor diferită, adaptată la cerințele și nevoile specifice (mod de afișaj complex/simplificat, mesaje de eroare cu text scurt sau mai complex, alte coduri de culoare decât cele standard - roșu, galben, verde etc.) pentru a asigura personalului operativ al utilizatorului confortul optim în operarea zilnică a tramvaielor.

Având în vedere că tramvaiul solicitat de autoritatea contractantă nu este un tramvai pe stoc, ci este adaptat la cerințele specifice ale beneficiarilor finali (dimensiune, număr călători, sistem CCTV etc.), este normal, în opinia intervenientului, ca și interfața HMI, element important, să poată fi adaptată în anumite condiții, unde este cazul, pentru confortul optim al beneficiarului final.

Față de argumentele prezentate pe larg anterior, intervenientul susține că, în mod corect, autoritatea contractantă a apreciat ca fiind îndeplinire toate cerințele referitoare la nomenclatorul de coduri defecte statuate prin documentația de atribuire.

În concluzie, intervenientul solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și respingerea contestației formulată, ca neîntemeiată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În punctul de vedere nr. 117704/05.10.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 52161/05.10.2021, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI a formulat apărări împotriva criticilor formulate de intervenientul ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, solicitând, pe cale de excepție, respingerea ca tardivă a cererii de intervenție, raportat la data publicării măsurilor de remediere dispuse prin decizia CNSC, iar, pe fondul cauzei, respingerea, ca neîntemeiată, a acesteia pentru argumentele pe care le expune în continuare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 53528/13.10.2021, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA a formulat note scrise prin care combate apărările formulate de autoritatea contractantă și de către intervenientul BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș.

Prin adresa nr. 418/13.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 53661/13.10.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș. a formulat concluzii scrise prin care solicită respingerea cererii de intervenție formulată de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, în principal, ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca neîntemeiată, precum și respingerea contestației formulată de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cu menținerea deciziei autorității contractante și a raportului procedurii de atribuire, așa cum a fost publicat în SICAP.

Prin notele scrise nr.124391/14.10.2021, înregistrate la CNSC sub nr. 54158/15.10.2021, MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, cu referire la notele scrise transmise de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, a precizat că își menține susținerile formulate în cuprinsul punctului de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 50281/24.09.2021, ca fiind argumentate și întemeiate în raport cu documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin notele scrise nr. 2036/2397/18.10.2021, înregistrate la CNSC sub nr. 54790/19.10.2021, ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA învederează că nu a primit concluziile scrise transmise de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ș., prin care se invocă excepția inadmisibilității cererii de intervenție, motiv pentru care nu poate formula un punct de vedere în acest sens, însă, cu titlu general, apreciază că cererea de intervenție este admisibilă raportat la prevederile art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în ceea ce privește excepția tardivității și excepția lipsei de interes, invocate de contestator, intervenientul prezintă argumente în susținerea respingerii acestora, precizând, pe de-o că termenul invocat de PESA este aplicabil unei contestații și nu cererii de intervenție formulată, în speță, fiind respectate prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, iar, pe de altă parte, interesul său este născut și actual, societatea sa fiind prejudiciată iremediabil în cazul în care procedura de atribuire, lovită de vicii de nelegalitate, nu ar fi anulată.

Prin adresa nr. 482/20.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 55014/20.10.2021, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. formulează concluzii scrise suplimentare, arătând, în plus faţă de cele deja precizate, că societatea sa îşi îndeplineşte, în mod corespunzător toate obligaţiile rezultând din contractele de achiziţie publică, indicând, în acest sens, contractul încheiat cu autoritatea contractantă Izmir Metrou AS, respectiv pe cel încheiat cu Municipiul Timişoara.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ŞI ADMINISTRAŢIEI, în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de atribuire, prin licitaţie deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii contractului de achiziţie publică având ca obiect „Achiziţia de 49 tramvaie de cca. 18 m destinate transportului public de călători”, prin publicarea, în SEAP, a anunţului de participare nr. CN1022480/07.07.2020, stabilind criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preţ”.

Potrivit Declaraţiei de participare publicată în SEAP, în cadrul procedurii au fost primite 4 oferte, pentru loturile 1, 2, 4, iar, pentru lotul 3, au fost primite 5 oferte, ulterior evaluării acestora fiind emis raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfăşurare a procedurii, admisibilitatea a 3 oferte dintre cele 5 depuse, precum şi clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire stabilit, câştigătoare fiind desemnată oferta depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. pentru cele 4 loturi, oferta depusă de POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA clasându-se pe locul II, iar cea depusă de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA, pe locul 3.

Nemulţumit de acest rezultat, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA (denumit în continuare PESA) a formulat contestaţia de faţă (consemnând cautiunea aferentă, potrivit dispoziţiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016), solicitând cele menţionate în partea introductivă.

Cu titlu preliminar, Consiliul reţine că, în cauză, au fost formulate două cereri de intervenţie, după cum urmează:

- de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş (denumit în continuare BOZANKAYA), cerere de intervenţie accesorie în sprijinul autorităţii contractante;

- de către ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA (denumit în continuare ASTRA), cerere de intervenţie principală.

În ceea ce priveşte cererea de intervenţie formulată de BOZANKAYA, văzând că aceasta are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câştigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 104549/01.09.2021, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviinţează, în principiu, ca o cerere de

intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare.

În sensul că ofertanții declarați câștigători nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea achizitorului, s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind decizia civilă nr.2760/28.06.2012, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a decis și că, în mod corect, Consiliul a procedat la recalificarea cererii de intervenție ca fiind în interesul autorității contractante, iar nu în interes propriu, dar și decizia nr.4438/26.05.2014, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr.2513/31.03.2014, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia și decizia nr.3384/R-CONT/05.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Pitești.

Relativ la cererea de intervenție principală formulată de către ASTRA, Consiliul reține că, prin aceasta, autorul ei urmărește anularea procedurii.

Având a se pronunța asupra admisibilității, în principiu, a acestei cereri, Consiliul reține că ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA a participat, cu ofertă, în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, ofertă declarată admisibilă și situată pe locul 3 în clasamentul ofertelor, așa cum rezultă din informațiile regăsite în raportul procedurii.

Prin cererea în analiză, se observă că ASTRA urmărește anularea procedurii de atribuire, deziderat diferit de cel al tuturor părților prezentei cauze, și care poate fi atins exclusiv prin formularea unei căi de atac cu respectarea termenelor și condițiilor statuate de Legea nr. 101/2016.

Astfel, ținând cont de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul constată că interesul ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA nu coincide nici cu cel al contestatorului, pentru a se justifica intervenția în favoarea acestuia, calitatea lor de concurenți în cadrul procedurii fiind una evidentă, nici cu autoritatea contractantă, fiind, de asemenea, evident că anularea procedurii urmărită de ASTRA nu poate fi apreciată ca o măsură favorabilă achizitorului, ci, dimpotrivă.

Este adevărat că în conformitate cu art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, operatorii economici interesați au dreptul de a formula cerere din intervenție, însă acest mijloc de a interveni în proces nu poate fi utilizat în scopul de a se eluda termenele legale de formulare a contestației și condițiile acesteia de admisibilitate. Cu alte cuvinte, nu se poate utiliza acest mijloc procedural pentru a se masca, în fapt, o contestație, așa cum încearcă ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA să facă.

De asemenea, nu se poate admite nici că dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 au fost edictate pentru a se crea o categorie aparte, privilegiată, de operatori economici care, utilizând acest mijloc, să scape sancțiunilor inadmisibilității contestației, pentru neconstituirea cauțiunii, așa cum s-ar întâmpla în cazul ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA care, dacă i s-ar admite cererea de intervenție, ar obține beneficiile

formulării unei veritabile contestații, cu încălcarea, însă, a tuturor prevederilor legale impuse pentru inițierea acestui demers.

Calea de atac împotriva unui act pretins emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea legii este contestația, și nu cererea de intervenție, indiferent că aceasta este principală sau accesorie.

În consecință, în ipoteza în care ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA dorea să supună controlului de legalitate actele emise de autoritatea contractantă cu privire la modalitatea în care a fost impusă cerința privind experiența similară, trebuia să facă aplicarea 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Față de cele anterior expuse, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție formulată de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA.

Data fiind această soluție, Consiliul apreciază de prisos analiza celorlalte excepții invocate de părți cu privire la această cerere de intervenție, indiferent de concluzia la care s-ar putea ajunge, încadrarea acestora în categoria celor inadmisibile neputând fi schimbată.

Cu privire la cererea de acces la dosarul cauzei, formulată de către BOZANKAYA, aplicabilitate au dispozițiile art.19 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră „(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. (2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii. (3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.”, situație în care au fost puse la dispoziția părților interesate toate documentele aflate la dosarul cauzei, cu excepția celor declarate confidențiale.

Modul de a proceda al Consiliului se circumscrie celor reținute la pct.55 din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: „(...) **Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil**”. Restricționarea accesului la secțiunile arătate ale

dosarului cauzei, nu împiedică Consiliul să efectueze verificările necesare în direcțiile indicate prin contestație.

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

PESA critică decizia de a desemna admisibilă și câștigătoare oferta depusă de BOZANKAYA, apreciind, pe de o parte, că acesteia îi sunt incidente cazurile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, iar, pe de altă parte, că ofertantul amintit nu îndeplinește cerințele privind experiența similară, respectiv cerințele de conformitate regăsite în caietul de sarcini privind lista materialelor periculoase, respectiv afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte.

Procedând la analizarea primei critici, se reține că invocarea aplicabilității, în cazul ofertantului BOZANKAYA, a cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, are în vedere situația contractului încheiat între BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. și Municipiul București, privind achiziția a 100 de troleibuze noi ce a fost reziliat de către Municipiul București din culpa BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., pentru nerespectarea prevederilor contractuale privind prezentarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective, condiție esențială pentru îndeplinirea contractului.

Susține contestatorul că BOZANKAYA avea obligația să declare existența acestei situații și să prezinte în mod transparent autorității contractante cazul de reziliere, precum și toate datele necesare pentru o evaluare *în concreto* a admisibilității la procedura de atribuire, or BOZANKAYA nu a procedat astfel, prezentând declarații false, ceea ce atrage aplicabilitate inclusiv a cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

În apărare, autoritatea contractantă arată că evaluarea ofertei BOZANKAYA a fost realizată în conformitate cu cele declarate în DUAE coroborat cu verificarea efectuată în SEAP care nu a relevat existența vreunui document constatat negativ pe numele societății, în timp ce BOZANKAYA susține că nu avea obligația să declare în DUAE situația contractului încheiat cu Municipiul București, întrucât actul rezilierii contractului ca și documentul constatat emis sunt contestate în instanță, fără să se fi pronunțat până în prezent hotărâri definitive.

Față de susținerile contradictorii ale părților, Consiliului îi revine sarcina de a stabili dacă BOZANKAYA, pe de o parte, și autoritatea contractantă, pe de altă parte, au acționat cu respectarea prevederilor din materia achizițiilor publice, respectiv dacă BOZANKAYA avea obligația de a preciza în DUAE situația contractului reziliat în contextul pe care îl invocă, iar autoritatea contractantă a acționat cu respectarea atribuțiilor legale ce-i reveneau în evaluarea ofertei aflată în discuție.

Preliminar analizei ce se impune, se cuvine a fi subliniat că dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, stabilesc că:

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

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

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

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

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

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

Consiliul reține că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAЕ reprezintă documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție.

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice.

Relevante în soluționarea sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora (1) **Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:**

a) **nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;**

b) **îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;**

c) **dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi,**

de aceeași natură și nu identice conform legislației în vigoare la data depunerii ofertelor. (...) Astfel, susținerile din cadrul plângerii sunt neîntemeiate având în vedere că contestatorul înțelege prin lucrări similare lucrări identice. Referitor la critica precum că ar fi trebuit să prezinte lucrări similare de genul pardoseli rășini epoxidice, preluare condens, instalație hidranți, voce date etc, Curtea consideră că este neîntemeiată. Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat lucrări identice cu cele ce urmează a fi executate, ar fi încălcat legislația în vigoare la data depunerii ofertelor.

Nicăieri în cadrul criteriului de calificare nu se regăsesc distincțiile la care face contestatorul referire, respectiv nu s-a solicitat demonstrarea experienței în furnizarea de mijloace de transport urban în accepțiunea Directivei (UE) 2016/798 privind siguranța feroviară, și nu s-a impus respectarea standardelor din caietul de sarcini, acestea din urmă, evident, fiind impuse a fi respectate în executarea contractului care urmează a se încheia.

Ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin intermediul criteriului de calificare este demonstrarea experienței *similare*, similar, conform Dicționarului Explicativ al Limbi Române însemnând de aceeași natură, de același fel, asemănător, iar nu identic.

Prin urmare, criticile contestatorului nu sunt apte a forma convingerea Consiliului în sensul nelegalității deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare.

Aceeași natură, în opinia Consiliului, o are și critica contestatorului conform căreia BOZANKAYA nu a declarat corect contribuția în contract situație în care s-ar impune reevaluarea din perspectiva motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, câtă vreme aspectul evocat de contestator a fost sesizat și de ANAP și a fost lămurit de ofertant pe calea răspunsului la clarificările solicitate de autoritatea contractantă.

O altă critică a contestației vizează cel de al doilea contract depus de BOZANKAYA în vederea dovedirii îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară, respectiv Contractul nr. 2014 din 14.11.2014, având ca obiect Furnizare 31 tramvaie low-floor cu dimensiunea de 33 m, în care BOZANKAYA a avut calitatea de contractant unic, în valoare de 43.905.400 euro, având ca dată de început 11.04.2014 și dată de sfârșit 06.10.2017, cu privire la care contestatorul arată că nu se încadrează în perioada prevăzută de lege în care experiența este relevantă.

În analiza acestei critici Consiliul va da eficiență criteriului de calificare privind experiența similară astfel cum a fost stabilit de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției și modificat prin anunțul de tip Erată nr. EN1023833/27.11.2020.

Are în vedere Consiliul la stabilirea acestei finalități că în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia

soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege.

Relevante în conturarea acestei concluzii sunt dispozițiile art. 75 din Legea nr.98/2016 în conformitate cu care Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției (...) și cele ale art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 în conformitate cu care Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...), precum și cele ale art. 127 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, care stabilesc atribuția comisiei de evaluare de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților, în cadrul unei proceduri de licitație deschisă cum este cea de față și fiind vorba despre o cerință din categoria celor care țin de capacitatea ofertantului de a executa contractul, respectiv o cerință de calificare, este necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 - Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

- art. 181 - Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.

Dincolo de aceste aspecte care subliniază importanța documentației de atribuire așa cum a fost clarificată, Consiliul constată că în cadrul criteriului de calificare privind experiența similară, modificat prin anunțul de tip Erată nr. EN1023833/27.11.2020, nu se regăsește indicat un interval de timp în care ofertanții să fi acumulat experiența similară solicitată.

Cum anunțul de tip Erată nr. EN1023833/27.11.2020 a rămas definitiv, nefiind contestat în termenul legal, Consiliul apreciază că nu se poate proceda la respingerea unei oferte pe baza unui considerent nestabilit în documentele achiziției.

Deosebit de relevantă este concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special

*principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.***"

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, **unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit**" (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Și în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte." (punctul 54).

Astfel fiind, în opinia Consiliului nu se poate proceda la verificarea îndeplinirii criteriului de calificare privind experiența similară din perspectiva invocată de contestator, anume prin raportare la un termen de 3 ani anteriori datei limită de depunere a ofertelor și nu se poate respinge oferta BOZANKAYA din acest considerent.

Anunțul de tip Erată nr. EN1023833/27.11.2020 a fost publicat în SEAP, deci adus la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați astfel că, în situația în care considerau că este nelegal, aveau deschisă calea de atac a contestației, ceea ce nu s-a întâmplat.

Față de contextul de fapt și de drept enunțat, Consiliul va respinge și această critică a contestatorului.

În analiza următoarei critici de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, referitoare la lista materialelor periculoase, Consiliul constată că, prin caietul de sarcini, la pct. 6.2 - Materiale, s-au solicitat următoarele:

Materialele utilizate se vor încadra în reglementările în vigoare în România și Uniunea Europeană privind comportarea acestora la flacără și foc, cu degajare redusă de fum, gaze toxice și/sau corozive, fiind realizate din componente care să nu fie interzise prin reglementările în vigoare (Regulamentul nr. 118 al Comisiei Economice pentru Europa [86] și SR EN 45545-2+A1:2016 [15]). Materialele utilizate se vor încadra în prescripțiile internaționale privind reciclarea, așa cum sunt ele prevăzute în Directiva cadru 2007/46/CE [95].

Pentru principalele materiale utilizate la amenajarea interioară a compartimentului pentru călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice (cablaje), se vor prezenta buletine de încercări emise de laboratoare autorizate U.E., sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România, privind comportarea acestor materiale la flacără și foc, degajările de fum, compuși halogenați, gaze toxice precum și privind lipsa componentelor interzise pentru utilizare în fabricarea mijloacelor de transport public. Acestea trebuie să fie prezentate la ofertă în copie xerox și traducere autorizată în limba română. În cazul în care nu pot fi depuse la ofertare, se acceptă ca buletinele de

încercări emise de laboratoare autorizate U.E., sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România să fie prezentate Beneficiarului odată cu livrarea primului tramvai, cu mențiunea că ofertantul va depune la ofertare o Declarație pe propria răspundere prin care își asumă prezentarea buletinelor de încercări sus-menționate. Materialele utilizate pentru amenajarea interiorului și platformei trebuie să fie ușor lavabile, rezistente la materialele utilizate pentru spălare și curățare, inclusiv la diluanți și dizolvanți pentru curățarea petelor, folosite în domeniul transportului public.

Materialele trebuie să fie rezistente antivandalism, antigraffiti și în caz de deteriorare să nu producă așchii și/sau muchii tăioase care să afecteze sănătatea călătorilor. Materialele utilizate pentru producția tramvaielor nu trebuie să reprezinte un pericol pentru sănătatea personalului responsabil pentru reparații și întreținere, precum și pentru vatman și călători.

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

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

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

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

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

Cerințele sunt înțelese și asumate

Materialele nu se încadrează la categoria materiale periculoase cf. definiție date de UNIFE (Union of European Railway Industries)

A se vedea:

- D18 – Declarație materiale periculoase la pag.17.

În cadrul documentului D18 – Declarație materiale periculoase, ofertantul a precizat:

(...) confirmăm prin prezenta că materialele folosite la producția tramvaielor oferite se conformează cerințelor standardului EN 45545-2 HL 1 și nu se încadrează în categoria de materiale periculoase conform definiției date de UNIFE (Union of European Railway Industries).

Materialele utilizate se vor încadra în prescripțiile internaționale privind reciclarea, așa cum sunt ele prevăzute în Directiva cadru 2007/46/CE (95).

Prin clarificarea nr. 39667/30.03.2021, așa cum corect susține contestatorul (pag. 596 numerotat de autoritatea contractantă cu cifra 2), comisia de evaluare a solicitat BOZANKAYA, la pct. 9, față de cerința evidențiată mai sus prin îngroșare, al cărei conținut a fost reiterat de autoritatea contractantă, după cum urmează:

Vă rugăm să ne indicați unde în cadrul propunerii tehnice depuse se regăsește lista tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase (grunduri, vopseluri, vâșcă etc), producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolului pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare.

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

Observă Consiliul că formulează apărări ce denotă o interpretare eronată a prevederilor susenunțate ale prevederilor pct. 6.2 ale caietului de sarcini, preluate și la nivelul formularului de ofertă, situație în care se impune o analiză a acestora pentru a stabili cărei interpretări trebuia subsumată analiza autorității contractante.

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

De asemenea, reține Consiliul că lista tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, trebuia să aibă în vedere ansamblul componentelor unui tramvai, iar nu numai compartimentul pentru călători, cabina de conducere și instalații electrice.

Revenind la răspunsul BOZANKAYA, se observă, pe de o parte, că este de natură a confirma susținerile contestatorului, respectiv faptul că nu s-a prezentat, în cadrul propunerii tehnice, lista tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, iar, pe de altă parte, conține justificarea ofertantului cu privire la lipsa listei anume că nu folosește materiale periculoase conform definiției date acestora de către UNIFE.

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

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

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

Această analiză nu poate fi efectuată de Consiliu, întrucât organismul administrativ-jurisdicțional nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare în etapa de evaluare a ofertelor, anume atribuției exprese prevăzută de art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, constând în verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, este constituită de susținerea contestatorului conform căreia autoritatea contractantă a evaluat greșit conformitatea ofertei în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul de defecte.

În analiza temeiniciei acestei critici, Consiliul se va raporta la prevederile caietului de sarcini, pct. 7.1.7 – „Postul de conducere”, subpct. „Tabloul de bord”, unde se regăsește inserată cerința având conținutul:

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

Cu privire la îndeplinirea acestei cerințe, din actele dosarului rezultă că, prin adresa de clarificări nr. 90634/28.07.2021, autoritatea contractantă a solicitat BOZANKAYA, după cum urmează:

Vă rugăm să ne justificați cum considerați îndeplinită cerința *Defectele vor fi afișate prin mesaj de tip text, în limba română sau pictograme și nu sub formă de cod de defect. Ofertantul va furniza nomenclatorul de defecte* deoarece în anexa Enclosure 17 ro declarați faptul că pentru fiecare clasă de eșec detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.

BOZANKAYA, în răspunsul său, a prezentat o descriere a principalelor tipuri de defecte clasificate ca fiind de tip A, B și C și modul cum acestea sunt avertizate, imagini cu mesajele afișate, însoțite de mențiunile:

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

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

Reconfirmăm autorității contractante asumarea integrală a cerințelor caietului de sarcini și îndeplinirea acestora de către tramvaiele oferite și că în prețul ofertei sunt incluse toate echipamentele hardware și software-urile solicitate prin caietul de sarcini.

Acest răspuns a fost considerat concludent de autoritatea contractantă, după cum apare consemnat în procesul-verbal nr. 96133/10.08.2021.

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

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

Că înțelegerea autorității contractante ca emitent al documentației de atribuire a fost aceasta rezultă cert și din conținutul solicitării de clarificări transmisă BOZANKAYA cu scopul de a se lămurii cu privire la lipsa în discuție sesizată cu ocazia evaluării propunerii tehnice a ofertantului arătat.

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

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

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

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

Așa cum s-a arătat în cele ce preced, obligația ofertantului este aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire,

după cum a autorității contractante este aceea de verificare a ofertei prin prisma cerințelor pe care le-a impus prin documentația de atribuire.

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

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

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

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

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

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

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

Or, în lipsa unui asemenea demers, ofertantul era obligat să se conformeze întocmai prescripțiilor documentației de atribuire, orice

eventuală critică cu privire la conținutul documentației de atribuire fiind tardivă în momentul de față.

Stabilind că evaluarea ofertei BOZANKAYA nu este una legală, Consiliul va admite critica contestatorului și va infirma decizia de atribuire a contractului în favoarea ofertantului menționat, pentru fiecare dintre cele 4 loturi aflate în discuție, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată cu luarea în considerare a răspunsului transmis de BOZANKAYA.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2106, Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând a fi obligată să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Capetele de cerere din contestație constând în obligarea autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta contestatorului și respinge oferta BOZANKAYA, vor fi respinse, ca inadmisibile, în considerarea dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. k) și m) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care atribuțiile stabilirii ofertelor admisibile și a celei câștigătoare aparține comisiei de evaluare, competența materială a Consiliului fiind limitată la efectuarea unui control de legalitate asupra actelor emise de autoritatea contractantă.

Față de soluția pronunțată, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 68 din același act normativ, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, cererea de intervenție accesorie în interesul contestatorului, depusă de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., va fi respinsă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, în contradictoriu cu MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, anulează raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca inadmisibile capetele de cerere din contestație constând în obligarea autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta PESA și respinge oferta BOZANKAYA.

Admite excepția inadmisibilității cererii de intervenție formulată de ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI SA.

Respinge cererea de intervenție formulată de BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PRESEDINTE COMPLET,
Alina-Oana OPRISAN



MEMBRU,
Luisa-Mădălina MARIA

MEMBRU,
Maria-Marinela PĂUN