

**Către: CURTEA DE APEL București**

**Secția contencios administrativ și fiscal**

Adresa: București, Splaiul Independenței, nr. 5, sectorul 4, România

**În atenția: Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor** (Dosar nr. 2477/C2/2021)

Adresa: București, Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, 030084

E-mail: [office@cnscl.ro](mailto:office@cnscl.ro)

**Spre știință: Ministerului Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației ("Autoritatea contractantă")**

Adresa: Str. Libertății nr. 16, Latura Nord, Sector 5, București, România

E-mail: [mihai.bentan@mlpda.ro](mailto:mihai.bentan@mlpda.ro)

În atenția: Dlui. Mihai Bentan

**Spre știință: Bozankaya Otomotiv Mak. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ş. ("Bozankaya")**

Adresa: Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, etaj 6, sector 1, Mun. București

E-mail: [lawoffice@ratiu.ro](mailto:lawoffice@ratiu.ro)

În atenția: Dnei Tanase Lavinia, Dnei Taranu Cristina

**Spre știință: Astra Vagoane Calatori S.A. ("Astra")**

Adresa: Str. Petru Rares nr. 1-3, mun. Arad, judet Arad

E-mail: [marcel.oprea@avcactive.com](mailto:marcel.oprea@avcactive.com)

În atenția: Dlui Marcel Oprea, Dlui Gheorghe Florin Sirbu

**Referitor la: Plângere împotriva Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021**

**DOMNULE PREȘEDINTE,**

**POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A.**, cu sediul în Polonia, Bydgoszcz, str. Zygmunta Augusta nr. 11, cod poștal 85-082, telefon: 0048 525 868 100, număr de înmatriculare în registrul societăților KRS 091267838, CIF PL5540311775, reprezentată legal de către dl. Robert Tafilowski (în calitate de vicepreședinte al Consiliului de Administrație) și dna. Aneta Slowinska (în calitate de împuternicit), (denumită în

continuare „PESA”), în calitate de ofertant,

reprezentată convențional de Schoenherr și Asociații SCA, conform împuternicirii avocațiale atașate, cu **sediul procesual ales** în București, B-dul Dacia nr. 30, et. 7, Sector 1, la Schoenherr și Asociații SCA, fax 0213196791, tel. 0213196790, e-mail: [v.stropsa@schoenherr.eu](mailto:v.stropsa@schoenherr.eu), [c.stirbu@schoenherr.eu](mailto:c.stirbu@schoenherr.eu),

*în contradictoriu cu:*

**Ministerului Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației ("Autoritatea contractantă")**, cu sediul în Str. Libertății nr. 16, Latura Nord, Sector 5, București, România, email: [mihai.bentan@mlpda.ro](mailto:mihai.bentan@mlpda.ro), tel. +40 372111440, reprezentat prin Remus Urețean, Director General Direcția Generală Achiziții, în atenția dlui Mihai Bentan.

**Bozankaya Otomotiv Mak. Iml. Ith. ve Ihr. A.Ş. ("Bozankaya")**, cu sediul în Ahi Evran OSB Mah. Artuklular Sok. Nr. 3 A/2 Sincan, Ankara, Turcia, reprezentantă de Yigit Berlin și convențional de societatea de avocați „Rațiu & Rațiu – SPARL”, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, et. 6, sector 1, în atenția Dnei Tanase Lavinia și Dnei Taranu Cristina, e-mail: [lawoffice@ratiu.ro](mailto:lawoffice@ratiu.ro).

**Astra Vagoane Călători S.A. ("Astra")**, cu sediul în Arad, Str. Petru Rareș nr. 1-3, jud. Arad, CUI RO 10966616, înregistrată la Registrul Comerțului cu numărul J02/536/1998 reprezentată legal de Vasile Diaconescu, în calitate de director general, în atenția dlui Marcel Oprea, e-mail: [marcel.oprea@avcactive.com](mailto:marcel.oprea@avcactive.com).

*în temeiul dispozițiilor art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii,*

*formulăm prezenta:*

## **PLÂNGERE**

împotriva Deciziei nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 ("**Decizia CNSC**" – **Anexa 1** la prezenta) prin care s-a soluționat contestația formulată de subscrisa (**Anexa 2** la prezenta) privind anularea parțială a Raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021 ("**Raportul Procedurii**") aferent procedurii de achiziție având ca obiect *Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18m destinate transportului public de calatori*" Loturile 1,2,3,4, număr anunț de participare CN1022480 din data de 07.07.2020 ("**Procedura**"),

**prin care vă solicităm să dispuneți modificarea parțială a Deciziei CNSC, în partea ce vizează motivele de excludere incidente în cazul ofertantului Bozankaya, precum și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința admiterii capetelor de cerere din Contestația subscrisei ce au vizat obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei Bozankaya și din această perspectivă,**

pentru următoarele:

## MOTIVE

### I. Succintă prezentare a situației de fapt

1. În data de 07.07.2020, Autoritatea Contractantă a publicat în SICAP anunțul de participare nr. CN1022480 cu privire la procedura de atribuire prin licitație deschisă on-line având ca obiect atribuirea contractului privind achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18m destinate transportului public de calatori. Procedura a fost împărțită în 4 loturi: Lot 1 – Municipiul Botoșani ("**Lot 1**"), Lot 2 – Municipiul Brăila ("**Lot 2**"), Lot 3 – Municipiul Galați ("**Lot 3**"), Lot 4 – Municipiul Ploiești ("**Lot 4**").
2. În conformitate cu Fișa de date a achiziției (**Anexa 3**), valoarea estimată totală a Procedurii (fără TVA) este de 392.000.000 RON, după cum urmează: Lot 1 – 72.000.000 RON; Lot 2 – 80.000.000 RON; Lot 3 – 80.000.000 RON; Lot 4 – 160.000.000 RON.
3. Conform Fișei de date, Procedura a fost organizată și derulată de Autoritatea Contractantă în numele fiecărui UAT beneficiar, în baza Protocolului de asociere și a acordului de parteneriat semnat cu acestea.
4. Conform Raportului Procedurii (**Anexa 4**), la Procedură au depus oferte patru operatori economici, după cum urmează:
  - Subscrisa PESA (pentru Lot 1, Lot 2, Lot 3, Lot 4);
  - BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. İML. İTH. VE İHR. A.Ş. ("**Bozankaya**") (pentru Lot 1, Lot 2, Lot 3, Lot 4);
  - ASTRA VAGOANE CALATORI S.A. ("**Astra**") (pentru Lot 1, Lot 2, Lot 3, Lot 4);
  - DURMAZLAR MAKINE SAN. VE TIC A.S. ("**Durmazlar**") (pentru Lot 1, Lot 2, Lot 3, Lot 4);
  - TATRA-YUG ("**Tatra**") (pentru Lot 3).
5. Potrivit Raportului Procedurii, în urma evaluării ofertelor, oferta Durmazlar a fost respinsă pentru nedepunerea dovezii constituirii garanției de participare conform art. 64 alin. (3) din HG 395/2016, iar oferta Tatra a fost declarată inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 pentru lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări 85656/15.07.2021.
6. În urma evaluării ofertelor admisibile și a aplicării criteriilor de atribuire a rezultat următorul clasament (**identic pentru toate cele 4 Loturi**):

Nr. crt	OFERTANT	Punctaj evaluare oferta financiară	Punctaj evaluare oferta tehnică	Punctaj total	Clasament
1.	Bozankaya	78,04 puncte	16,4 puncte	94,44 puncte	<b>I</b>
2.	PESA	80 puncte	14 puncte	94 puncte	<b>II</b>
3.	Astra	74,37 puncte	16,4 puncte	90,77 puncte	<b>III</b>

7. În urma verificării documentelor suport/dovezilor prezentate de ofertantul Bozankaya, comisia de evaluare a constatat ca informațiile preliminare din DUAE sunt dovedite, astfel încât acest ofertant a fost declarat câștigător al Procedurii.
8. Astfel, prin Comunicarea Rezultatului procedurii nr. 107272/08.09.2021 (**Anexa 5**), subscrisa am fost informată că oferta depusă de noi a fost declarată necâștigătoare, ofertant câștigător fiind Bozankaya.
9. Față de acest rezultat al procedurii, subscrisa am formulat contestație, soluționată prin Decizia CNSC. Prin această decizie, CNSC:
  - pe de o parte, *a admis în parte* contestația formulată de subscrisa dispunând anularea Raportului Procedurii *în partea referitoare la evaluarea ofertei tehnice a Bozankaya*, având în vedere faptul că din oferta Bozankaya au lipsit documente cerute în mod obligatoriu prin Caietul de sarcini – lista materialelor periculoase utilizate în producția tramvaiului și nomenclatorul de defecte în limba română; astfel CNSC a obligat Autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Bozankaya pentru toate cele 4 Loturi cu respectarea Deciziei CNSC;
  - pe de altă parte, *a respins în parte* contestația formulată de subscrisa în partea referitoare la *incidența motivului de excludere* prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016, precum și în partea referitoare la *neîndeplinirea cerințelor privind experiența similară* de către Bozankaya.
10. Vom detalia în cele de urmează elementele ce susțin netemeinicia Deciziei CNSC în partea referitoare la motivele de excludere și experiența similară, și care, în consecință, impun admiterea *integrală* a plângerii noastre astfel cum a fost formulată.
11. Decizia CNSC a fost primită de subscrisa în data de 04.11.2021, Plângerea fiind astfel depusă **în termen în data de 15.11.2021.**

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

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

12. Prin contestație, subscrisa am arătat în esență că:

- Contractul dintre Bozankaya și Mun. București privind achiziția a 100 de troleibuze noi a fost reziliat încă din octombrie 2020 (înainte de depunerea ofertei) de către Mun. București din culpa Bozankaya, pentru nerespectarea prevederilor contractuale privind prezentarea certificatelor de omologare a autovehiculelor respective, condiție esențială pentru îndeplinirea contractului, în lipsa căreia troleibuzele nu ar fi putut livrate/sau pune în funcțiune.
- Notificarea de reziliere transmisă de Mun. București a făcut obiectul unui litigiu în fața instanțelor competente încă din decembrie 2020, litigiu în care instanța de fond a acordat câștig de cauză Mun. București și care în acest moment este soluționat în mod definitiv prin Decizia 1369/2021 pronunțată în data de 24.09.2021 în dosarul nr. 31036/3/2020. Curtea de Apel București **a menținut cu titlu definitiv, decizia de reziliere a Mun. București din culpa Bozankaya**, anulând exclusiv un singur punct din adresa de reziliere privind *despăgubirile* solicitate.
- Astfel, decizia definitivă a Curții de Apel a consacrat definitiv și cu autoritate de lucru judecat faptul că **toate condițiile rezilierii au fost îndeplinite, inclusiv condiția privind gravitatea neexecutării**, astfel cum este prevăzută și de art. 1555 Cod civil.

- În aceste condiții, chiar și în lipsa unei soluții definitive cu privire la fondul cauzei la momentul evaluării ofertelor, precizăm că, având cunoștință de existența unui caz de reziliere a unui contract de achiziție publică în care era parte, Bozankaya nu a făcut nicio mențiune cu privire la aceasta în DUAE, declarând simplu, faptul că **nu ar fi în niciun caz de excludere**. Or, prin DUAE, Bozankaya avea posibilitatea și obligația de a prezenta Autorității contractante (după ce o informa transparent cu privire la existența unui caz de reziliere), cu privire la argumentele proprii pentru care rezilierea respectivă nu ar fi trebuit luată în considerare în cadrul prezentei proceduri, de exemplu, prezentând acțiunile derulate în instanță.
- Decizia Bozankaya din DUAE a fost însă aceea de declara „NU” la secțiunea „încetare anticipată a altui contract, daune interese sau alte sancțiuni comparabile”, ca și când nu ar fi fost sub incidența vreunui astfel de caz, deși exista un act de reziliere din culpa Bozankaya care beneficia de prezumția de legalitate, până la o decizie contrară a unei instanțe. Oricum, așa cum am arătat, decizia instanței a fost aceea de a valida decizia de reziliere a Autorității contractante.

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

13. CNSC a respins acest capăt de cerere, stabilind prin Decizia CNSC, în esență, că incidența motivului de excludere prevăzut la art. 169 alin. (1) lit. g) (încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor) se apreciază exclusiv prin raportare la publicarea *unui document constatator în SEAP*, iar, raportat la prevederile art. 169 (1) lit. h) (declarații false în conținutul informațiilor transmise) lipsa publicării documentului constatator este de natură să *exonereze* operatorii economici de obligația declarării în DUAE a situațiilor în care aceștia și-au încălcat obligațiile în mod grav sau repetat, cu consecințele prevăzute de lege.
14. CNSC a stabilit că lipsa publicării unui document constatator pune Autoritatea contractantă în imposibilitate de a efectua verificările cu privire la incidența motivului de excludere referitor la o neexecutare anterioară gravă sau repetată și, prin urmare, este obligată să se raporteze exclusiv la declarațiile operatorilor economici din DUAE, fără a depune diligențe suplimentare.
15. Așadar, Decizia CNSC stabilește faptul că o Autoritate Contractantă trebuie să ia în calcul *doar documentul constatator publicat în SEAP*, **ignorând practic situațiile în care faptele care stau la baza motivelor de excludere sunt de notorietate, sau, rezilierea pentru încălcarea obligațiilor în mod grav sau repetat a fost chiar expres constatată printr-o hotărâre judecătorească.**
16. În continuare, vom arăta că argumentele CNSC cu privire la acest capăt de cerere sunt neîntemeiate, iar interpretarea CNSC a prevederilor legale incidente a fost

realizată de o **manieră ce adaugă la lege, contrară spiritului legii și a principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice.**

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

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

18. În schimb, nu putem fi de acord cu raționamentul CNSC că, în lipsa unui document constatator încărcat în SEAP, această situație nu poate fi constatată în niciun mod, decât prin informațiile prezentate în DUAE. Textul de lege nu se referă în niciun moment la o condiție suplimentară reprezentată de publicarea documentului constatator în SEAP.
19. La pag. 27 din Decizie, CNSC folosește afirmații absolute de tipul „*documentul constatator singur este cel care atestă situația de fapt referitoare la îndeplinirea/neîndeplinirea obligațiilor contractuale*” care sunt profund neîntemeiate și adaugă la lege.
20. Practic, argumentarea CNSC este în sensul că în lipsa publicării unui document constatator (din diverse motive, începând cu neglijența unor autorități contractante de a-l publica în termen, până la erori ale sistemului care nu permit vizualizarea corectă a acestora), autoritățile contractante nu ar avea niciun mijloc de control și nicio marjă de a cerceta și analiza motive de excludere ce sunt sub incidența art. 167 alin. (1) lit. g), chiar dacă află despre incidența acestor motive pe alte căi.
21. O asemenea interpretare ar fi de natură a conduce la situații absurde – arătăm cu titlu de exemplu că în SEAP sunt publicate exclusiv documentele constatatoare emise cu privire la contracte încheiate cu autorități din România. Or, a **valida raționamentul CNSC presupune că niciun ofertant nu ar putea fi exclus dintr-o procedură pentru motive de excludere referitoare la încălcarea obligațiilor din contracte de achiziție publică, altele decât cele încheiate cu autorități din România (care sunt singurele, de altfel, care ar putea publica documente constatatoare în SEAP).**
22. O asemenea interpretare în mod cert nu poate fi validată, motivul de excludere operând și în lipsa unui document constatator publicat în SEAP, iar când acesta este

de notorietate (cum este în cazul de față), este esențial ca autoritățile contractante, în **virtutea rolului activ, să cerceteze orice aspecte ce ar putea ridica dubii asupra posibilității operatorului economic de a participa la procedură**, prin solicitări de clarificări menite să lămurească situația de fapt despre care autoritatea are cunoștință.

23. Mai mult, în spiritul legii, simpla existența motivului de excludere ar trebui să oblige ofertanții la **declararea acestuia în mod transparent în DUAE**, cu eventuale explicații, urmând ca autoritatea contractantă să poate verifica *activ*, pe întreaga durată a procedurii dacă se impune sau nu excluderea unui ofertant *înainte* de finalizarea procedurii.
24. Astfel, chiar așa cum CNSC stabilește la pag. 26 din Decizie, **singurele condiții cumulative** ce trebuie analizate pentru a se putea dispune excluderea unui ofertant de la procedură pe baza motivului de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) sunt două: (i) o încălcare gravă sau repetată a obligațiilor principale din alt contract de achiziție publică; (ii) încălcările să fi condus la încetarea anticipată a contractului. Textul de lege nu stabilește în niciun caz obligația existenței unui document constatare pentru certificarea celor două condiții, motivul de excludere aplicându-se independent. Documentul constatare vine doar în sprijinul autorităților contractante *din România*, ca un mijloc *suplimentar* de documentare.
25. A condiționa aplicarea unui motiv de excludere **de o simplă cerință de publicitate a unui document constatare**, excedează cadrului legislativ curent care obligă autoritățile contractante să dea dovadă de diligență și să verifice **în orice moment al procedurii (potrivit art. 169 din Legea 98/2016)**, existența unui motiv de excludere:

*„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.”*

26. Decizia CNSC (pag. 29) stabilește că aplicarea art. 169 presupune existența unui document constatare aflat în posesia Autorității contractante. O asemenea susținere tinde să adauge la textul de lege – art. 169 NU stabilește în niciun caz că o asemenea decizie se poate lua exclusiv pe baza unui document constatare publicat în SEAP. **Textul de lege este clar și se referă la orice moment în care autoritatea „ia la cunoștință” prin orice mijloc, textul legal fiind nelimitativ și necondiționat.**
27. În orice caz, rezultă cu certitudine că cele două condiții au fost îndeplinite în cazul Bozankaya – faptul că a existat o încălcare gravă a obligațiilor principale în contractul încheiat cu Mun. București a fost stabilit cu **autoritate de lucru judecat de către Curtea de Apel București prin menținerea deciziei de reziliere**, prin urmare, nu mai fac obiectul niciunei discuții sau interpretări.



28. Sunt neîntemeiate și argumentele CNSC potrivit cărora art. 166 alin. (8) din HG 395/2016 stabilește că în lipsa unui document constatator, orice informație ce ar putea fi atestată de acesta, este lipsită de suport.
29. Arătăm că art. 166 alin. (8) din HG 395/2016 stabilește că:
- „Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*
30. După cum rezultă din simpla lectură a acestui text, acesta reglementează exclusiv situațiile în care decizia de respingere este fundamentată pe baza unui document constatator. Acest text de lege NU limitează și nu condiționează o asemenea decizie de publicarea unui document constatator, ci stabilește obligațiile pe care le are orice autoritate contractantă confruntată cu un asemenea document și anume acelea de a nu se baza exclusiv pe cuprinsul documentului constatator, ci de a face o proprie analiză cu privire la îndeplinirea condițiilor de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.
31. În măsura în care autoritatea contractantă determină din alte surse (cum ar fi în cazul nostru o decizie a unei instanțe judecătorești) sau chiar din surse proprii, va face analiza îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) pe baza informațiilor disponibile, **și în niciun caz nu va ignora aceste circumstanțe pentru lipsa publicării documentului.**
32. În încheiere, arătăm că nu am sugerat în niciun moment că analiza Autorității contractante în cazul Bozankaya ar fi trebuit fundamentată exclusiv pe informațiile din presă. Am arătat în primul rând faptul că Bozankaya ar fi trebuit să declare corect situația rezilierii (permițând astfel Autorității contractante să ia cunoștință de această situație), iar, în plus, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să fie diligentă, să adreseze clarificări Bozankaya, având în vedere informațiile de notorietate, având posibilitatea să se adreseze chiar și Mun. București pentru date și informații suplimentare. Ulterior, având toate informațiile necesare putea lua această decizie în cunoștință de cauză, asigurându-se că nu atribuie contractul unui ofertant care a avut o performanță necorespunzătoare în executarea unui alt contract de achiziție publică.
33. De asemenea, este eronată și interpretarea dată de CNSC în cadrul Deciziei cu privire la prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016 care stabilesc: *„(1) Autoritatea contractantă exclue din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: h) operatorul economic s-a făcut vinovat de **declarații false în conținutul informațiilor transmise** la solicitarea autorității contractante **în scopul verificării absenței motivelor de excludere** sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.*

34. CNSC precizează că acest text de lege nu ar fi aplicabil întrucât nu se referă la situații anterioare participării la procedură, ci la comportamentul ofertantului din cadrul procedurii. Or, CNSC ignoră că subscrisa am invocat tocmai neconformități ale conduitei Bozankaya ce au avut loc în Procedură – și anume faptul că a prezentat declarații false în conținutul DUAЕ în secțiunea aferentă verificării motivelor de excludere. Omisiunea de a preciza situația de reziliere din culpa acesteia în mod transparent echivalează cu declarații false ce sunt susceptibile să atragă excluderea și în baza acestui text de lege.
35. Prin urmare, pentru toate aceste argumente, se impune modificarea Deciziei CNSC sub aspectul incidenței motivului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

### **III. Se impune modificarea Deciziei CNSC în ceea ce privește criticile subscrisei referitoare la experiența similară prezentată de Bozankaya**

34. Prin Contestație am arătat în esență că:
- Pentru dovedirea cerinței<sup>1</sup> privind experiența similară, potrivit DUAЕ, Bozankaya a prezentat două (2) contracte:
    - (i) BTSC. SEE 49208.W000 din 01.09.2015 realizat în asociere cu Siemens Aktiengesellschaft 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
    - (ii) Contractul nr. 2014/17532 din 14.11.2014 încheiat cu Municipality Kayseri pentru furnizarea a **31 tramvaie**. Conform celor declarate în DUAЕ acest proiect a fost finalizat în 06.10.2017, în valoare de 43.905.400 EUR.
  - Am arătat punctual faptul că niciunul din cele două contracte nu îndeplinește cerințele de experiență similară. Vom prezenta în cele ce urmează argumentele noastre, precum și poziția exprimată de CNSC prin Decizie, raportat la fiecare contract.

---

<sup>1</sup> Potrivit Fișei de date Cerința de la pct. III.1.3), cerința de experiență similară prevedea: *Loturile: 1,2,3,4 Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat **Experiența similară**. În funcție de lotul oferat, ofertantii sa faca dovada livrării de produse similare (pentru transportul **urban** pe șine) la nivelul unui numar de contracte lasat la latitudinea operatorilor economici, **a caror valoare cumulata a fost de minim: Lotul 1- 72.000.000 lei fara TVA Lotul 2- 80.000.000 lei fara TVA Lotul 3- 80.000.000 lei fara TVA Lotul 4- 160.000.000 lei fara TVA** Modalitatea de indeplinire: Informatiile se vor completa in DUAЕ, urmand ca documentele suport (certificate/documente) sa fie prezentate la solicitarea autoritatii contractante, ofertantului clasat pe primul loc, in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.*

35. Cu privire la primul contract (22 trenuri de metrou rapid) am arătat, în primul rând faptul că acesta nu îndeplinește cerințele Fișei de date *raportat la noțiunea de produse similare*.
36. Astfel am arătat că acest contract a avut drept obiect trenuri metrou rapid. Or acestea sunt mijloace de transport SUBURBAN, ce diferă în mod *substanțial* de tramvaie care sunt mijloace de transport URBAN. Prin urmare, am arătat că aceasta nu se încadrează în noțiunea de produse similare *astfel cum a fost stabilită prin fișa de date: transport **urban** pe șine*.
37. În acest sens, am adus o serie întreagă de argumente, arătând în esență (fără a relua întreaga argumentație dezvoltată atât prin Contestație cât și prin Răspunsul la cererea de intervenție a Bozankaya) că:
- la nivelul directivelor<sup>2</sup> europene și chiar a standardelor menționate în Caietul de sarcini se face o **distincție foarte clară** între metrou – mijloc de transport suburban și tramvai – mijloc de transport urban, *dar și* între sistemul de transport feroviar *urban și cel **suburban***
  - trenurile de metrou **se diferențiază în mod substanțial** față de tramvaie, astfel:
    - metroul circulă pe un sistem separat de cale (pistă separată), pe când tramvaiele circulă în trafic mixt cu mașini, autobuze, biciclete în oraș. Acest lucru are impact total diferit în ceea ce privește proiectarea, inclusiv privind rezistența la impact, siguranța.
    - metroul și tramvaiul sunt pregătite pentru diferite condiții meteorologice, deoarece metroul circulă în principal în tuneluri (subteran), iar tramvaiele circulă pe spațiu deschis.
    - sursa de alimentare este diferită: tramvaiul folosește colectorul de curent montat pe acoperiș și este alimentat din catenaria aeriană, fiind necesar un pantograf; metroul este alimentat prin a treia șină.
    - tramvaiul este ușor și are limite de sarcină pe osie reduse (max. 12t); metroul este mai aproape de trenul obișnuit, cu sarcini pe osie de 15t sau mai mult.
    - în cazul tramvaiului, poziția joasă a podelei obligă echipamentul să fie așezat pe acoperiș, astfel încât pereții și acoperișul trebuie să suporte o sarcină mai mare decât un metrou (unde majoritatea echipamentelor sunt suspendate sub vehicul);
    - dimensiunile sunt diferite: tramvaiul solicitat în această procedură are o

---

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2016/798 privind siguranța feroviară (astfel cum a fost modificată)

lungime de 18m și o lățime de 2,4m, iar metroul realizat de Bozankaya pentru Bangkok are 86,6 m lungime și 3,12 m lățime.

- tramvaiul are podeaua suta la suta coborata pe toata suprafata, pe când metroul are podeaua inalta.
- tramvaiul trebuie pregătit să circule pe curbe orizontale înguste de până la 18m. Trenul de metrou circulă pe curbe de 70m sau mai mult.
- în cadrul procedurii prezente se solicita un prag de intrare de 350 mm; în cazul metroului (Linia Verde) pragul de intrare este la 1160 mm.
- cele două mijloace de transport au diferite scenarii de avarie.
- Totodată, am arătat că, argumentele ce au fost aduse de Bozankaya ca răspuns la solicitarea de clarificări transmisă de Autoritatea contractantă ca urmare a avizului condiționat emis de ANAP, sunt neîntemeiate, având în vedere că Bozankaya **a citat trunchiat** din Ghidul CEN – CENELEC – secțiunea 1, paragraful 4, **în sensul că a omis să arate că** și acest GHID împarte sistemele de transport în urbane și suburbane.

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

Raportat la acest argument, arătăm că, după cum am demonstrat în cuprinsul contestației, răspunsul Bozankaya a inclus o citare trunchiată din Ghidul CEN – CENELEC 26, respectiv **omțând** partea în care se face o *clară distincție între sistemele de transport urbane și cele suburbane*. CNSC nu a analizat practic acest aspect.

39. Referitor la standarde, suntem de acord că acestea au fost menționate în Caietul de Sarcini pentru a stabili modul de executare a contractului, iar nu pentru stabilirea noțiunii de produs similar aferent cerinței de calificare. Credem însă că, faptul că aceste standarde, impuse chiar de Autoritatea contractantă, stabilesc o delimitare extrem de clară între tramvai – mijloc de transport urban și metrou – mijloc de transport suburban, este o *element puternic care arată diferența majoră între cele două produse*, care nu sunt astfel substituibile.
40. Mai departe, CNSC a invocat faptul că subscrisa ar fi pretins de fapt verificarea unei **experiențe identice** iar nu similare, fapt nepermis de legislația aplicabilă.

Suntem perfect de acord că legislația nu permite stabilirea unor cerințe de experiență similară identică. Însă, în speță:

- (i) Subscrisa am invocat **aplicarea** cerinței privind experiența similară astfel cum *aceasta s-a stabilit* prin documentația de atribuire și care *și-a consolidat forța obligatorie*.
- (ii) Cerința privind produse similare constând din *transport urban pe șine* a fost stabilită de Autoritatea contractantă după contestarea documentației de atribuire. Bozankaya nu a contestat niciun moment această cerință și nu a solicitat clarificări suplimentare.
- (iii) Raportat la această cerință expresă, obligatorie, subscrisa am arătat doar că există o **distincție clară între transportul urban și cel suburban**, și prin urmare, nu se poate accepta drept experiență similară un produs de transport **suburban**, solicitând practic *aplicarea cerințelor obligatorii din Fișa de date cu privire la produsele similare*.

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

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

- 41. Prin urmare, argumentația CNSC privind experiența similară a Bozankaya ce derivă din realizarea unui metrou rapid nu apare drept fondată, raportat la cerința clară și obligatorie din documentație de atribuire de a prezenta experiența similară raportat la produse similare *transport urban pe șine, iar nu transport suburban*.
- 42. Tot cu privire la primul contract (22 trenuri de metrou rapid) am arătat, în al doilea rând faptul că Bozankaya nu a declarat corect contribuția sa la acest contract motiv pentru care se impune **reevaluarea din perspectiva motivelor de excludere a ofertantului Bozankaya**.
- 43. Astfel am arătat prin contestație că, în cadrul contractului invocat, Bozankaya a efectuat și poate demonstra experiență similară exclusiv în ceea ce privește *asamblarea și montajul unor componente*, **nicidecum în derularea întregului proiect** de livrare a unor vehicule de metrou unde întreaga producție este deosebit de complexă și necesită experiență în toate fazele proiectului, experiență pe care Bozankaya nu o deține în baza acestui contract.
- 44. De altfel, în dovedirea experienței similare, Bozankaya s-a limitat a menționa că a executat activitățile prevăzute în Anexa 4 la contractul respectiv, *fără a preciza în concret activitățile efectiv derulate* – a se vedea Procesul verbal de evaluare nr. 16203/04.02.2021.

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

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

45. Prin Decizia pronunțată, CNSC analizează practic aceste critici doar într-un paragraf la pagina 34, respingând criticile subscrisei motivat de faptul că *"aspectul evocat de contestator a fost sesizat și de ANAP și a fost lămurit pe calea răspunsului la clarificările solicitate de autoritatea contractantă"*.
46. Arătăm prin Avizul ANAP nr. 5123/99/CN1022480/AC/27.01.2021, aceasta a constatat într-adevăr că Autoritatea nu verificase activitățile pentru care ofertanții erau responsabili în cadrul contractelor. Însă, prin răspunsul oferit de Bozankaya, aceasta nu a lămurit care au fost aceste activități în concret, făcând o *trimitere generală* la o Anexă 4, invocând totodată **solidaritatea** asumată în cadrul contractului.
47. Arătăm în acest sens că, în cadrul Cererii de Intervenție, Bozankaya a arătat:

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

(60) Potrivit, art. 14 punctul A.2. din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2016: *„Dacă membrii asocierii care au derulat contractul prezentat ca referință erau responsabili pentru ansamblul contractului, punând resursele lor în comun, atunci se va considera că fiecare membru al asocierii a executat un contract având valoarea aferentă procentului său de participare în asocierea respectivă.”*

48. Este astfel evident că Bozankaya s-a bazat pe ideea de *"solidaritate"* pentru a invoca întreaga experiență aferentă procentului agreat prin contract.
49. Însă, potrivit art. 14 din Instrucțiunea 2/2017, dacă cerința privind experiența similară este stabilită în corelație cu un plafon valoric (cum e cazul în speță):

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

iar

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

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

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

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

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

- Bozankaya a livrat primul tramvai (pentru testări) **în data de 23.03.2016, iar restul de 30 de tramvaie, erau deja livrate și operaționale în oraș în data de 26.04.2017.** Așadar, acestea au fost complet recepționate până la acea dată.
- Raportat la termenul inițial de depunere al ofertelor de **13.08.2020**, rezultă că livrarea și recepționarea tramvaielor aferente acestui contract **s-a făcut înainte de termenul de 3 ani anterior datei limită (chiar și inițiale) de depunere a ofertelor** - ceea ce ar fi presupus ca recepția să fie făcută după 13.08.2017.

53. În acest context arătăm că:

- inițial, la punctul III.1.3.a) din Fișa de date (Capacitatea tehnică și/sau profesională), s-a prevăzut, pentru experiența similară, faptul că ofertanții trebuiau să facă dovada livrării de produse similare în ultimii 3 ani, calculați retroactiv de la data limită de depunere a ofertelor la nivelul a cel puțin unui contract.
- ulterior, Fișa de date a fost modificată, prin Erata nr. EN1023833 (transmisă la publicare în 23.11.2020 și publicată în 27.11.2020.). Modificarea a stabilit limite

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

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

*„Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă”.*

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

55. Prin Decizia CNSC, aceasta statuează în esență că, în condițiile în care prin Fișa de date modificată prin erată nu s-a prevăzut un anumit termen pentru dovedirea experienței similare, prin urmare un ofertant nu poate fi respins pentru *“un considerent nestabil în documentele achiziției”*.
56. Or în speță, **în lipsa unui termen limită din documentația de atribuire, tocmai că trebuia să se aplice limita maximă permisă de lege de 3 ani**, iar nicidecum perioadă nedefinită de timp.
57. Legea (prin articolul sus citat) stabilește în mod clar o limită maximă de prezentare a experienței similare, lăsând posibilitatea autorității contractante să deroge de la această limită, în acest caz, numai expres.
58. Or, Decizia CNSC, în forma actuală, e de natură *a permite Autorităților să nu menționeze niciun termen cu privire la experiența similară, ceea ce, în concepția acestei decizii, înseamnă că se va permite prezentarea unei experiențe oricât de vechi*. Acest fapt implică însă o eludare nepermisă a normelor legale care statuează expres limitele în care trebuie să se încadreze o procedură.
59. Faptul că o fișă de date nu reiterează toate normele legale nu înseamnă că acestea nu se mai aplică sau că autoritatea contractantă nu trebuie să mai țină cont de ele.
60. Nu suntem de acord nici cu argumentul conform căruia, dacă subscrisa nu eram de acord cu această modificare ar fi trebuit să o contestăm. Din perspectiva subscrisei, *cerința a fost clară* în sensul că aceasta se completează cu cadrul legal aplicabil,



care stabilește un termen limită de 3 ani, iar orice depășire a acestuia trebuie statuată **expres**. Am considerat astfel că, din perspectiva Autorității contractante era redundant să mai menționeze termenul limită de 3 ani, cu atât mai mult cu cât cerința privind experiența similară fusese deja atacată de subscrisa, fără a solicita modificarea termenului de 3 ani, iar instanța nu a impus acest lucru.

61. Din contră, raportat la prevederile legale limitative și în lipsa oricăror prevederi din fișa de date, Bozankaya ar fi trebuit să ceară cel puțin clarificări, pentru a se asigura că poate prezenta drept experiență similară un contract ce depășește limita maximă permisă de lege. În lipsa acestor clarificări, Bozankaya și-a asumat practic riscul de a fi exclusă din procedură.
62. Prin urmare, analiza CNSA privind contractele invocate de Bozankaya drept experiență similară se impune a fi re-analizată în sensul constatării faptului că niciunul din contractele prezentate nu îndeplinește rigorile din Fișa de date și lege.

Pentru toate aceste considerente, **vă rugăm să admiteți plângerea formulată și să modificați în parte Decizia CNSC, respectiv în partea ce vizează motivele de excludere incidente în cazul ofertantului Bozankaya, precum și experiența similară invocată de acest ofertant, cu consecința admiterii capetelor de cerere din Contestația subscrisei ce au vizat obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei Bozankaya și din această perspectivă.**

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

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

**Anexe:**

Anexa 1 – Decizia CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021

Anexa 2 – Contestația formulată de subscrisa cu privire la rezultatul Procedurii

Anexa 3 – Fișa de date a achiziției

Anexa 4 – Raportului Procedurii

Anexa 5 – Comunicarea Rezultatului Procedurii nr. 107272/08.09.2021

**POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A.**

**Prin Schoenherr și Asociații SCA**



