



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația datată 11.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59206/12.11.2021, formulată de asocierea compusă din, cu sediul în ..., .., Districtul C..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ..., cod unic de identificare ... și din SC ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., cod fiscal ..., reprezentată convențional de SCP ..., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. 22/410/28.10.2021, emis de către ..., cu sediul social în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „*Achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri*”, s-a solicitat, în principal:

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 22/410/28.10.2021;
- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire;
- accesul la dosarul achiziției publice;
- repunerea Asocierii în termenul de contestare a modalității de evaluare de către ... a ofertei, ca urmare a refuzului nelegal al ... de a oferi accesul la documentele din dosarul achiziției publice;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 22/410/28.10.2021, cu consecința reevaluării ofertei cu

reținerea motivelor de inadmisibilitate (inacceptabilitate, neconformitate) ale acesteia.

În subsidiar, în ipoteza admiterii doar a capătului de cerere cu privire la temeiurile de inadmisibilitate ale ofertei, anularea procedurii de atribuire, ca urmare a incidenței art. 212 alin. (1) lit. a) al Legii nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 523/22.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 61195/23.11.2021,, cu sediul în ..., înmatriculată ..., având codul fiscal ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de împuternicit și convențional prin avocat ..., cu sediul profesional în București, str. ..., a formulat cerere de intervenție voluntară prin care solicită admiterea cererii de intervenție, cu consecința respingerii contestației ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 66721/22.12.2021, catalogată de acesta drept ocontestație, formulată de Asocierea compusă din - SC ... SA, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire organizată de autoritatea contractantă ... se solicită anularea raportului procedurii de atribuire nr. 22/410/28.10.2021, cu consecința reevaluării ofertei cu reținerea motivelor de inadmisibilitate (inacceptabilitate, neconformitate) ale acesteia.

În subsidiar, se solicită anularea procedurii de atribuire, ca urmare a incidenței art. 212 alin. (1) lit. a) al Legii nr. 98/2016.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de ASOCIEREA - SC ... SA, împotriva raportului procedurii nr. 22/410/28.10.2021, prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea face un scurt istoric al derulării procedurii de la data publicării acesteia în SICAP, până la momentul inițierii prezentului demers de contestare, ca urmare a emiterii, de către ... a raportului final al procedurii de atribuire nr. 22/410/28.10.2021, prin care oferta - ... a fost exclusă din procedură, sub pretextul aplicării O.U.G. nr. 25/2021 și a ordinului nr. 549/2021, pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. jj), în conformitate cu art. 53 alin. (11), oferta fiind declarată câștigătoare, fiind singurul ofertant rămas în procedură.

În opinia petentei, acest act care face obiectul prezentei contestații a fost emis cu încălcarea normelor legale aplicabile.

Aceasta consideră că autoritatea contractantă a luat decizia excluderii ofertei ... - ... în baza unui act normativ inaplicabil în speță, căruia a încercat să îi confere efecte retroactive, conduită apreciată ca fiind nelegală, întrucât ... nu are la dispoziție nicio prevedere legală care să îi permită să aplice o lege nouă unei proceduri inițiate sub un alt temei legal.

Contestatoarea consideră această conduită ca fiind de o gravitate, semnificativă, întrucât a fost încălcat atât principiul neretroactivității, cât și cel al transparenței, respectiv al protecției încrederii legitime.

Aceasta face precizarea că prezenta procedură de achiziție publică a fost demarată la data de 03.04.2020, aplicabilă fiind deci Legea nr. 98/2016, în forma modificată prin Ordonanța de urgență nr. 23/2020, iar potrivit art. 236 al Legii nr. 98/2016: *„(1) Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire inițiate după data intrării sale în vigoare.*

(2) Procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

(3) Prezenta lege se aplică contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru încheiate după data intrării sale în vigoare”.

Petenta subliniază că norma legală este clară, conform principiului *tempus regit actum*, procedura de achiziție publică este guvernată de legea sub care a fost inițiată, însă autoritatea contractantă încearcă să aplice unei proceduri de achiziție publică un act normativ emis la 1 an distanță de la momentul începerii ei. Astfel, actul de excludere a ofertei ... - ... este întemeiat de ... pe prevederile Ordonanței de urgență nr. 25/2021, privind modificarea și completarea unor acte normative în achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 346 din 5.04.2021.

Contestatoarea arată că o astfel de conduită încalcă principiul neretroactivității legii, iar potrivit art. 15 alin. (2) din Constituția României, *„legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”*, astfel că O.U.G. nr. 25/2021 nu poate modifica condițiile de participare la o achiziție publică demarată cu 1 an înainte.

Așadar, reiterează că ... nu dispune de nicio normă legală care să îi justifice retroactivarea unei legi noi asupra unei proceduri deja inițiate, iar dacă o astfel de normă ar exista, ar fi evident atât neconstituțională, cât și contrară dreptului Uniunii.

În ceea ce privește faptul că ... nu dispune de nicio normă legală care să justifice retroactivarea unei legi noi, petenta arată că O.U.G. nr. 25/2021 este o lege nouă, apărută la 1 an distanță de la momentul edictării condițiilor de participare la prezenta procedură de achiziție

publică și nu poate fi aplicată unei proceduri de achiziție demarate sub o altă legislație și, deci, sub alte condiții de participare.

Contestatoarea face precizarea că O.U.G. nr. 25/2021 nu este retroactivă, nu conține vreo prevedere care să încerce să reglementeze vreo excepție de la principiul neretroactivității legii, unica prevedere tranzitorie conținută de O.U.G. nr. 25/2021 fiind prevăzută în art. V: *„Procedurile de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se supun legislației în vigoare la data inițierii acestora”*, însă această prevedere reprezintă doar aplicarea principiului *tempus regit actum*, statuat deja de art. 15 alin. (2) din Constituția României, respectiv art. 236 al Legii nr. 98/2016.

Așadar, existența unei excepții de la principiul constituțional al neretroactivității legii trebuie statuată expres de legiuitor, neputând fi dedusă pe cale implicită ori de interpretare, în acord cu dispozițiile art. 10 C. civ. și art. 63 al Legii nr. 24/2000, altfel că confirmarea (chiar și parțială) a împrejurării că procedurile deja inițiate se supun legii sub care au fost începute nu permite concluzia unei derogări implicite pentru ce nu a fost reglementat (procedurile deja inițiate la care nu s-au depus încă oferte).

În continuare, petenta arată că orice norma legală care ar tinde să aplice retroactiv o lege nouă unei proceduri deja inițiate este contrară constituției și dreptului uniunii europene, fiind evident că o lege edictată ulterior definitivării unei situații juridice nu o poate modifica, în mod retroactiv.

În susținere, petenta citează dintr-un material dat publicității de Institutul Național al Magistraturii: *„Pentru actul juridic, legiuitorul a stabilit ca regulă aplicarea legii în vigoare la data încheierii actului juridic nu numai în privința condițiilor de validitate și, pe cale de consecință, a nulității, ci și pentru alte aspecte ce privesc încheierea actului juridic, pentru alte cauze de ineficacitate, pentru regulile de interpretare a actului, pentru efectele actului juridic (inclusiv cele produse după intrarea în vigoare a unei noi legi), pentru executarea obligațiilor asumate de părți, pentru încetarea actului juridic”*.

Prin urmare, arată că o lege care ar încerca să modifice condițiile de participare la o licitație deja inițiată prin anunțul de participare ar fi o lege retroactivă, acest procedeu fiind interzis expres de Constituția României, prin art. 15 alin. (2).

Drept urmare, consideră că orice interpretare a vreunei prevederi din O.U.G. nr. 25/2021 trebuie realizată de Consiliu în conformitate cu Constituția României, care interzice retroactivitatea legii nepenale.

De altfel, Legea nr. 24/2000 conține prevederi imperative exprese cu privire la imposibilitatea unei norme tranzitorii de a retroactiva. În acest sens, art. 54 alin. (2) al Legii nr. 24/2000 statuează: *„Dispozițiile tranzitorii trebuie să asigure, pe o perioadă determinată, corelarea celor*

două reglementări, astfel încât punerea în aplicare a noului act normativ să decurgă firesc și să evite retroactivitatea acestuia sau conflictul între norme succesive”.

De asemenea, contestatoarea arată că schimbarea regulilor unei proceduri de achiziție publică, ulterior inițierii acesteia, reprezintă o conduită care încalcă în mod vizibil principiile dreptului Uniunii Europene, anume principiul protecției încrederii legitime, principiul securității juridice, principiul neretroactivității, principiul transparenței și principiul tratamentului egal. În susținere, invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care arată că o normă națională a unui stat membru nu poate fi folosită pentru a schimba regulile deja stabilite în relația cu un particular (ex. cauza C-17/10, Toshiba Corporation, ... și alții, Hotărârea din 14.02.2012 și cauza C-369/09, ISD Polska sp. z.o.o., Hotărârea din 24.03.2011).

Totodată, subliniază că imposibilitatea revenirii asupra unor reguli deja stabilite pentru participarea la o licitație publică este dată de incidența în cauză a principiilor fundamentale ce guvernează dreptul unional al achizițiilor publice, respectiv tratamentul egal, nediscriminarea, precum și principiul transparenței, iar interdicția adresată unui Stat Membru de a reaseza cerințele de admisibilitate în cursul evaluării procedurii reprezintă un aspect confirmat în mod amplu și constant în jurisprudența CJUE (art. 18 alin. (1) al Directivei 2014/24). În aplicarea acestor texte legale, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a arătat în multiple spețe că regulile procedurii de atribuire nu pot fi modificate odată ce ea a fost inițiată (Comisia Europeană c/a Irlandei (C-226/09), Hotărârea din 18.11.2020, paragrafele 5960, EVN și Wienstrom c/a Austriei (C-448/01), Hotărârea din 4.12.2003, paragrafele 9293, cauza Enterprise Focused Solutions SRL c/a Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia (C-278/14).

Concluzionând, petenta arată că dezlegările CJUE, fac corp comun cu art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24, fiind elocvente pentru nelegalitatea deciziei

De asemenea, arată că nelegalitatea actului atacat este dată și de incidența directă în cauză a principiului fundamental unional al securității juridice, care are drept corolar principiul protecției încrederii legitime. Dezvoltările date în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene acestui principiu, potrivit căruia interpretarea normelor de drept să fie certă, iar efectele lor să fie previzibile pentru un particular, în special în ipoteza în care acestea ar putea afecta drepturile sale, se opun posibilității unui Stat membru (sau unei autorități a acestuia), instanțe naționale de a reveni asupra criteriilor deja stabilite pentru participarea la o achiziție publică (cauza Volkmar Klohn c/a An Bord Pleanala (C-167/17, paragrafele 50, 51).

Prin urmare, protecția încrederii legitime oprește o autoritate națională de la a reveni asupra unei reguli consolidate asupra rigorilor legale aplicabile unei proceduri de achiziție publică.

În ceea ce privește solicitarea de repunere în termenul de contestare al ofertei ..., raportat la prevederile imperative ale art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, ... a solicitat, în termen de maxim 1 zi lucrătoare, accesul la dosarul achiziției publice și xerocopiarea documentelor publice relevante, însă prin adresa ... nr. 22/441/9.11.2021 a fost refuzat accesul la toate documentele solicitate, inclusiv procesele verbale de evaluare și avizele ANAP, motivul fiind că acestea ar fi confidențiale.

Contestatoarea consideră că refuzul ... de a-i pune la dispoziție aceste documente este nelegal, acesta nefiind în acord cu prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și art. 148 al H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora accesul la procesele verbale de evaluare, avizele ANAP, solicitările de clarificări și răspunsurile aferente nu poate fi restricționat de ..., întrucât modalitatea în care o autoritate publică realizează evaluarea unei oferte într-o procedură de aproape 1 miliard de lei, surse de finanțare publică, nu poate fi vreodată nepublică.

Totodată, în privința documentelor de calificare, respectiv a propunerii tehnice/financiare a, petenta consideră că entitatea contractantă este obligată să permită accesul neîngrădit, câtă vreme respectivul ofertant nu a probat efectiv existența unor informații punctuale ce ar fi protejate de legislația secretului comercial.

Drept urmare, consideră că devine incidentă instituția repunerii în termen prevăzută de art. 186 C. pr. civ., a cărei incidentă a invocat-o expres, astfel că după luarea la cunoștință despre actele care dovedesc modalitatea de evaluare a ofertei și ... se vor afla în termen pentru a prezenta temeiurile de nelegalitate a manifestării de voință a ... de declarare drept admisibilă a acestei oferte.

Pentru toate aceste considerente, solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

În replică, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere transmis cu adresa nr. 22/451/17.11.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 60141/17.11.2021, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată.

În ceea ce privește susținerea din contestație, ... arată că nu „a pretins” ca fiind aplicabilă „OUG nr. 25/2021 și Ordinul (ANAP) nr. 549/2021 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. jj), în conformitate cu art. 53 alin (11), ci în procesul de evaluare a eligibilității privind îndeplinirea cerințelor de calificare a ofertanților, autoritatea susține că a pus în aplicare întocmai prevederile OUG nr. 25/2021, care modifică Legea nr. 98/2016 și ordinul ANAP menționat anterior.

Autoritatea arată că petenta pune la îndoială corectitudinea procesului de evaluare, inducând, în mod neîntemeiat, suspiciuni în ceea ce privește faptul că (singura) oferta admisă în fazele procedurii de evaluare tehnică, financiară și verificare a informațiilor din DUAЕ, nu a fost analizată, evaluată și verificată în concordanță cu prevederile legislației achizițiilor publice, ce ar putea intra sub incidența art. 212 alin. (1) lit. a) al Legii nr. 98/2016.

În contradicție cu susținerile din contestație, autoritatea contractantă arată că respingerea ofertei ... -... a fost urmare a faptului că ofertantul nu a îndeplinit condițiile de eligibilitate prevăzute în Ordonanța de Urgență nr. 25/2021 în ceea ce privește modificarea definiției „operatorului economic” de la art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 și Ordinul ANAP nr. 549/22.04.2021, pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pet. (iii).

Aceasta învederează Consiliului că, ca țară de origine în care este înregistrată, nu se regăsește în lista țărilor care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană sau care sunt semnatare ale acordurilor internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piață în domeniul achizițiilor publice.

Astfel, prezenta procedură de atribuire a fost lansată prin publicarea anunțului de participare CN.../ 03.04.2020, aplicabilă fiind Legea nr. 98/2016, iar în conformitate cu art. 236 și cu art. V din Ordonanța de Urgență nr. 25/2021, rezultă că legea care guvernează achizițiile publice este Legea nr. 98/2016, iar procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă arată că Ordonanța de urgență nr. 25/2021 modifică și completează art. 3 alineatul (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, după cum urmează:

„ jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

(iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;

(iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;

(v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice”.

Contrar susținerilor din contestație, autoritatea face precizarea că O.U.G. nr. 25/2021 modifică și completează unele acte normative în domeniul achizițiilor publice, printre acestea aflându-se și Legea nr. 98/2016, în baza căreia se realizează procedurile de achiziție, aceasta nefiind un act normativ care să se poate aplica de sine-stătător. Astfel, consideră că legea mai sus menționată trebuie aplicată cu modificările și completările ulterioare.

Aceasta face precizarea că chiar dacă OUG nr. 25/2021 a apărut la 1 an distanță de la momentul publicării anunțului de participare, aplicabilitatea ordonanței se referă la faptul că ofertele care sunt depuse la data intrării în vigoare a ordonanței se supun legislației în vigoare la data inițierii procedurilor de atribuire.

Având în vedere că termenul limită de depunere al ofertelor în cadrul procedurii a fost 19.04.2021, după publicarea în Monitorul Oficial în 05.04.2021 și astfel intrarea în vigoare a OUG nr. 25/2021, ofertele depuse se supun prevederilor Legii nr. 98/2016, modificată și completată prin OUG nr. 25/2021.

Opinia autorității contractante este că nu se poate vorbi de încălcarea principiului neretroactivității legii, întrucât OUG nr. 25/2021 face o delimitare clară în ceea ce privește aplicabilitatea ordonanței prin raportare la momentul depunerii ofertelor. La data intrării în vigoare a OUG nr. 25/2021, respectiv 05.04.2021, ofertele nu erau depuse, acestea putând fi vizualizate de comisia de evaluare după expirarea termenului de depunere de 19.04.2021, ora 15:00. Astfel, rezultă particularitatea OUG 25/2021, prin faptul că prevederea privind aplicabilitatea face referire la momentul depunerii ofertei.

Autoritatea arată că ofertanții care au depus ofertă la data de 19.04.2021, respectiv și Asocierea - Calatori au fost supuși analizei privind eligibilitatea acestora ca operatori economici în conformitate cu OUG 25/2021.

Astfel, au fost avute în vedere următoarele precizări:

i. În conformitate cu OUG nr. 25/2021 art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, se modifică și va avea următorul cuprins: „art. 53 (1) *Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractor, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)*”.

ii) În conformitate cu OUG nr. 25/2021, la art. 53 din Legea nr. 98/2016, după alineatul (1) se introduce un nou alineat, alin (1¹) cu

următorul cuprins: „(1¹) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice persoana fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractor, care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj), fără a mai fi necesară verificarea încadrării în prevederile art. 164, 165 și 167”.

Decizia privind admiterea uneia dintre oferte (... ..), și respectiv respingerea celeilalte oferte (... ..-...) a fost consemnată în PV nr. 22/224/ 20.05.2021 al ședinței de finalizare a verificării garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl/le însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare. Astfel, se poate constata că decizia a fost luată după publicarea în Monitorul Oficial a Ordinului ANAP nr. 549/22.04.20214 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii).

Procesul verbal nr. 22/224/20.05.2021 este menționat ca etapă procedurală în Raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021, pentru care ANAP a emis Aviz Conform Necondiționat (ACN) nr. 15986/10035/24.05.2021. Drept urmare, ... consideră că și-a fundamentat deciziile pe prevederile legislației achizițiilor publice și cu respectarea cadrului legal stabilit de aceasta. Totodată, arată că ANAP a efectuat controlul procesului de evaluare a ofertelor și de atribuire a contractului de achiziție în cadrul procedurii lansate prin publicarea Anunțului de participare nr. CN.../ 03.04.2020, ... punând dispoziția ANAP documentele care au făcut obiectul procedurii de atribuire și respectiv a evaluării tehnice, financiare și a demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare.

Referitor la susținerile contestatorului privind interdicția adresată unui Stat Membru de a reășeza cerințele de admisibilitate în cursul evaluării procedurii, precizează că acesta se află în eroare, deoarece etapa la care acesta face referire nu este etapa evaluării procedurii așa cum susține acesta, ci etapa evaluării ofertelor. Înțelegerea corectă a dispoziției normei juridice presupune luarea în considerare a intenției legiuitorului în momentul normării. Interpretarea normelor juridice presupune stabilirea înțelesului normei juridice și clarificarea conținutului său, pentru cunoașterea conduitei pe care norma juridică o instituie, interzice, permite sau stimulează. Interpretând norma juridică instituită de art. V din O.U.G. nr. 25/2021, autoritatea precizează că ofertele depuse după data intrării în vigoare a ordonanței sunt supuse prevederilor legislației în vigoare, legislație actualizată la zi cu ultimele modificări și completări. ... susține că nu a reășezat cerințele de admisibilitate prin punerea în aplicare a Legii nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Referitor la solicitarea de repunere în termenul de contestare al ofertei ..., ... arată că prin adresa cu nr. 22/441/09.11.2021 a răspuns solicitării din data de 08.11.2021, privind accesul la dosarul

achiziției. Prin respectiva adresă ... susține că a menționat/explicat că nu recomandă prezența fizică a unei persoane din partea solicitantului la sediul ... pentru vizualizarea dosarului achiziției CN.../03.04.2020 și xerocopiarea unor documente din cadrul acestuia. ... justifica recomandarea prin prisma Legii nr. 55/2020, privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19 și HG nr. 1090/2021, privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 10 octombrie 2021, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19.

Cu privire la documentele menționate de contestator că au fost solicitate a fi consultate, autoritatea arată că acestea vizează următoarele etape ale procesului de evaluare a ofertei declarată admisă în etapa preliminară de verificare a cerințelor de calificare pentru ofertant:

Document/documente invocate de contestator	Etapa de evaluare
Procesul verbal nr. 22/335/23.08.2021 emis de ...	
1. Anexele 1-7 la Procesul verbal nr. 22/335/23.08.2021 emis de ...;	
2. Avizul Conform Condiționat al ANAP nr. 15986/17278/18.08.2021;	Evaluare propunere tehnică
3. Procesul verbal nr. 22/348/03.09.2021 emis de ...;	
4. Avizul Conform Necondiționat al ANAP nr. 18634/10035/ 07.09.2021;	Evaluare propunere financiară
5. Anexele nr. 1-7 la Procesul verbal nr. 22/348/03.09.2021;	
6. Adresele ... de solicitări de clarificări nr. 22/366/20.09.2021, 22/375/27.09.2021, 22/378/28.09.2021, 22/380/30.09.2021, 22/383/04.10.2021, 22/397/15.10.2021, 22/407/25.10.2021.	Evaluarea documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, pentru ofertantul
7. Răspunsurile la clarificări ale din 22.09.2021, nr. 288/30.09.2021, nr. 292/05.10.2021, nr. 293/05.10.2021, nr. 295/06.10.2021, nr. 298/18.10.2021, nr. 307/27.10.2021;	
8. Avizul Conform Condiționat al ANAP nr. 15986/22295/22.10.2021;	Evaluarea documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, pentru ofertantul Raportul procedurii.
9. Procesul verbal nr. 22/386/07.10.2021 emis de ...;	Evaluarea documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, pentru ofertantul
10. Orice alte solicitări de clarificări adresate de către comisia de evaluare și răspunsurile la solicitările de clarificări transmise de ofertant;	Evaluare propunere tehnică Evaluare propunerie financiară

11. Raportul de specialitate întocmit de experții Evaluare propunere tehnică tehnici cooptați;

12. PV nr. 22/326/13.08.2021 privind evaluarea conformității tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare.

13. PV nr. 22/335/23.08.2021 privind evaluarea conformității tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare (modificat în conformitate cu ACC nr. 15986/17278/ 18.08.2021).

ACC nr. 15986/17278/18.08.2021 nu a vizat Raportul de specialitate întocmit de experții tehnici cooptați sau concluziile preluate de comisie în procesul verbal privind evaluarea conformității tehnice cu prevederile caietului de sarcini după caz, cu factorii de evaluare.

14. Documentele de calificare depuse de; Evaluarea documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, pentru ofertantul

15. Formularele care demonstrează modul de Evaluare propunere tehnică îndeplinire a cerințelor caietului de sarcini de depuse și financiară depusă de ... către, și documentația depusă de în vederea fundamentării răspunsurilor furnizate;

16. Toate documentele din propunerea tehnică, Evaluare propunere tehnică propunerea financiară (fundamentare/justificări de depuse și financiară depusă de ... preț/cost) care nu au fost probate drept confidențiale.

Evaluarea documentelor suport/ dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE, pentru ofertantul

Autoritatea contractantă învederează că documentele solicitate a fi consultate de ofertantul sunt post-factum excluderii sale din data de 20.05.2021, ca operator economic neeligibil pentru a participa la procedură. Totodată, precizează că a declarat că toate drepturile sunt rezervate, că documentele sunt strict confidențiale, astfel că avea obligația de a gestiona documentele depuse în cadrul procedurii de evaluare într-o manieră în care să evite crearea vreunui prejudiciu ofertantului/ofertanților care au depus oferte.

Autoritatea contractantă reiterează că autoarea contestației induce, în mod neîntemeiat, suspiciuni în ceea ce privește faptul că (singura) oferta admisă în fazele procedurii de evaluare tehnică, financiară și verificare a informațiilor din DUAE, nu a fost analizată, evaluată și verificată în concordanță cu prevederile legislației achizițiilor publice, suspiciune ce nu se sprijină pe argumente.

Aceasta consideră că procedura de evaluare, începând cu momentul vizualizării ofertelor, a fost verificată ex-ante de responsabili ANAP, din avizele (ACC și ACN) emise de ANAP rezultând că întregul proces de evaluare a fost supus unei analize procedurale, iar măsurile de

remediere comunicate de ANAP au fost însușite de comisia de evaluare și puse în aplicare.

Având în vedere cele de mai sus, consideră contestația ca fiind neîntemeiată și, pe cale de consecință, solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Cu adresa datată 22.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 61195/23.11.2021, a formulat cerere de intervenție prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție, autoarea acesteia invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și dispozițiile art. 61 din C. pr. civ., arătând că interesul legitim al ... în promovarea acesteia este evident și de necontestat, având în vedere calitatea sa de ofertant desemnat câștigător în procedura de atribuire.

Intervenienta face un istoric al procedurii, întrucât consideră că etapele sunt repere relevante pentru corecta circumstanțiere a prezentei dispute.

Raportat la susținerile din contestație, intervenienta consideră că în mod legal și temeinic a fost exclusă oferta Asocierii ... - din procedura de atribuire, întrucât:

(a) Temeiul legal invocat de către ... drept fundament al întregii sale dezvoltări argumentative nu reglementează legea aplicabilă pe parcursul Procedurii de atribuire, ci reprezintă o dispoziție tranzitorie, relevantă pentru a reglementa situația procedurilor care se aflau în curs la momentul intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016.

Contrar interpretărilor din contestație, prin art. 236 din Legea nr. 98/2016 se reglementează, de fapt, că Legea nr. 98/2016 este aplicabilă tuturor procedurilor de atribuire inițiate ulterior intrării sale în vigoare, respectiv ulterior datei de 26.05.2016, astfel că legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire rămâne aplicabilă procedurilor în curs la data intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016, iar dispozițiile tranzitorii evocate nu impun aplicarea unei anumite versiuni a legii.

În acest context, modificările și completările Legii nr. 98/2016, intervenite ulterior inițierii procedurii de atribuire, dar anterior datei de depunere a ofertelor, sunt pe deplin aplicabile, nicidecum contrare dispozițiilor legale mai sus enunțate, astfel că atât autoritatea contractantă, cât și operatorii economici sunt ținuti să le respecte.

(b) Completările și modificările intervenite, urmare a adoptării O.U.G. nr. 25/2021 s-au încorporat de la data 05.04.2021 în Legea nr. 98/2016, nefiind în discuție nicio lege nouă. O.U.G. nr. 25/2021 modifică și completează Legea nr. 98/2016, fiind modificate și completate 4 dispoziții ale Legii nr. 98/2016. Prin urmare, modificările și completările statuate prin O.U.G. nr. 25/2021 nu afectează concepția generală sau caracterul unitar al Legii nr. 98/2016 și, totodată, nu privesc întreaga lege. Practic, modificările și completările vizează strict completarea

definiției operatorului economic cu elemente care, dacă nu sunt respectate, conduc la excluderea ofertantului. Nici concepția generală și nici caracterul unitar al Legii nr. 98/2016 nu sunt afectate, întrucât modificările și completările vizează aspecte punctuale. În acest context, nu se poate considera că în discuție este o lege nouă, așa cum pretinde ... -

Așadar, începând cu data de 05.04.2021, moment la care a intrat în vigoare O.U.G. nr. 25/2021, dispozițiile de completare și modificare s-au încorporat în Legea nr. 98/2016, identificându-se cu aceasta.

(c) Completările și modificările intervenite prin O.U.G. nr. 25/2021 sunt aplicabile procedurii de atribuire întrucât operatorii economici participanți au depus ofertele (la data de 19.04.2021), adică ulterior intrării sale în vigoare (la data de 09.04.2021).

Astfel, art. V din O.U.G. nr. 25/2021 stabilește explicit că *„procedurile de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se supun legislației în vigoare la data inițierii acestora”*.

Această dispoziție a O.U.G. nr. 25/2021 stabilește soluția legislativă pentru situația tranzitorie în care operatorii economici deja ar fi depus ofertele la data intrării sale în vigoare, fiind afectate raporturi și situații juridice născute anterior între ofertanți și autoritățile contractante, dar care nu și-au produs în întregime efectele întrucât evaluările ofertelor depuse nu s-au finalizat.

Completările și modificările Legii nr. 98/2016 sunt, însă, aplicabile procedurilor de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte ulterior momentului la care O.U.G. nr. 25/2021 a intrat în vigoare. Așadar, întrucât completările și modificările sunt integrate în Legea nr. 98/2016, devenind cunoscute tuturor celor interesați anterior depunerii ofertei, acestea devin aplicabile celor care depun oferte ulterior datei de intrare în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021.

Intervenienta arată că inclusiv caracterul urgent al actului normativ completator și modifier al Legii nr. 98/2016 justifică aplicarea acestuia tuturor procedurilor de atribuire în cadrul cărora nu au fost depuse încă ofertele.

Ofertele au fost depuse în procedura de atribuire în data de 19.04.2021, astfel că la momentul depunerii ofertei modificările și completările Legii nr. 98/2016, intervenite urmare a intrării în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021, erau pe deplin aplicabile, iar ofertanții cunoșteau condițiile art. 3, respectiv riscul de a fi excluși, depunând ofertă în deplină cunoștință de cauză.

În continuare, intervenienta arată că argumentele ... - ... se fundamentează pe o interpretare trunchiată a dispozițiilor legale incidente.

Astfel, O.U.G. nr. 25/2021 nu este o „lege nouă”, ci un act normativ care completează și modifică 4 dispoziții ale Legii nr. 98/2016

și, nefiind o lege nouă, ci o completare și modificare a legii aplicabile procedurii de atribuire, ... este ținută să respecte întrutotul prevederile acesteia, astfel cum se prevede în O.U.G. nr. 25/2021.

Opinia intervenientei este că susținerilor ... - ... nu sunt fundamentate pe vreo dispoziție legală care să indice contrariul. Premisa de la care pornește ... - ... este profund greșită întrucât modificările și completările aduse Legii nr. 98/2016 nu reprezintă o nouă lege. În acest context, ... în mod corect a pus în aplicare măsura obligatorie de excludere a ofertantului care nu se încadrează în definiția operatorului economic atât timp cât ofertele au fost depuse după intrarea în vigoare.

Prin urmare, Asocierea ... - ... a fost exclusă în baza legii aplicabile procedurii de atribuire, nefiind în discuție aplicarea retroactivă a vreunei dispoziții legale.

Intervenienta solicită Consiliului să observe că:

- Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare este actul normativ care guvernează modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire;

- Dispozițiile de completare și de modificare a Legii nr. 98/2016 instituite prin O.U.G. nr. 25/2021 produc efecte juridice numai pentru viitor, fiind greșit adusă în discuție de către ... - ... neretroactivitatea legii: pe de o parte, dispozițiile tranzitorii ale acestui act normativ sunt explicate în sensul aplicabilității lor asupra ofertelor care vor fi depuse în viitor, iar pe de altă parte, este relevant momentul la care se naște, de fapt, raportul juridic reglementat.

- Principiul neretroactivității legii, statuat prin dispozițiile art. 15 alin. (2) din Constituția României, reprezintă o recunoaștere a faptului că *„o lege odată adoptată produce și trebuie să producă efecte juridice numai pentru viitor. Acesta pentru simplul motiv că legea se adresează subiectelor de drept, permițând sau interzicând și, bineînțeles, sancționând atitudinile deviante. Or, este absurd să se pretindă unui subiect de drept să răspundă pentru comportamente și o conduită ce a avut-o anterior intrării în vigoare a unei legi care reglementează o astfel de conduită. (...) Principiul retroactivității legii își găsește justificarea și are rolul de a asigura stabilitatea și securitatea raporturilor juridice”*. Totodată, prin Decizia Curții Constituționale nr. 356/2014 s-a statuat că *„este absurd să se pretindă unui subiect de drept să răspundă pentru comportamente și o conduită pe care a avut-o anterior intrării în vigoare a unei legi care reglementează această conduită. Subiectul de drept nu putea să prevadă ce va reglementa legiuitorul, iar comportamentul său este normal și firesc dacă se desfășoară în cadrul ordinii de drept în vigoare”*.

Așadar, pentru a se asigura respectarea principiului neretroactivității legii este absolut obligatorie existența unui raport juridic și, implicit, a unor subiecți de drept deja implicați.

În condițiile actualei proceduri de atribuire, principiul neretroactivității reprezintă o falsă problemă juridică, Legea nr. 98/2016 în forma ei modificată și completată după intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021, a devenit aplicabilă numai ofertelor depuse după modificare. În această situație, nicio încălcare a neretroactivității nu poate fi, de fapt, cu succes, semnalat.

Întrucât ... - ... a depus oferta ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021, raportul juridic a fost inițiat prin depunerea ofertei, respectiv în data de 19.04.2021, moment la care O.U.G. nr. 25/2021 era deja în vigoare, iar contestatoarea cunoștea faptul că raportul juridic intervenit între aceasta și ... urmează a fi guvernat de Legea nr. 98/2016 modificată și completată.

Raportul juridic nu se poate considera inițiat la momentul publicării documentației de atribuire, întrucât manifestarea de voință a operatorului economic de a se angaja din punct de vedere juridic nu se poate considera intervenită anterior depunerii ofertei.

Intervenienta arată că dispozițiile tranzitorii ale O.U.G. nr. 25/2021 statuează expres că acestea nu sunt aplicabile procedurilor de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus ofertele anterior intrării lor în vigoare, iar dispozițiile tranzitorii ale O.U.G. nr. 25/2021 nu derogă de la Legea nr. 98/2016, pe de o parte, pentru că respectă principiul neretroactivității legii și nicio mențiune a acestui act normativ nu induce măcar ideea că în discuție ar fi prevederi derogatorii.

Principiul retroactivității legii a fost pe deplin respectat în aplicarea măsurii de excludere a ofertei contestatoarei întrucât oferta a fost depusă ulterior intrării în vigoare a completărilor și modificărilor intervenite prin O.U.G. nr. 25/2021, ofertantul neaflându-se în situația sugerată de modificarea legislației pe parcursul evaluării ofertei sale deja depuse.

În continuare, petenta arată că excluderea ofertei ... - ... nu este contrară nici dreptului Uniunii Europene și/sau Constituției României, fiind o măsură care respectă întocmai prevederile Directivei nr. 24/2014, principiul tratamentului egal, dispusă în deplin acord cu acestea.

Aplicarea principiului tratamentului egal doar în raport de ofertanții din statele membre ale UE și ofertanții din statele terțe UE care au încheiat acorduri internaționale a intervenit tocmai urmare a faptului că operatorii economici din state terțe nu respectă standardele sociale și de mediu ridicate, impuse de legislația Uniunii Europene.

Intervenienta susține că jurisprudența CJUE invocată de ... - ... vizează situații fundamentale diferite față de cea analizată în prezenta cauză, acestea fiind citate și prezentate trunchiat

Concluzionând, aceasta arată că, deși se pretinde că aplicarea O.U.G. nr. 25/2021 ar încălca prevederile Constituției României, ... - ... nu demonstrează că ar fi fost inițiat vreun demers de clarificare

și/sau contestare a acestui act normativ. În acest context, ... - ... ar trebui să se supună rigorilor actului normativ cunoscut la data la care a depus oferta, veridicitatea acestuia fiind, practic, însușită, iar actul normativ în vigoare este obligatoriu de aplicat.

Așadar, consideră că se impune și respingerea cererii de repunere în termenul de contestare a ofertei ..., chiar în condițiile în care ... - ... pretinde că solicitarea de repunere în termenul de contestare s-ar fundamenta pe refuzul ... de a-i permite accesul la anumite documente din dosarul achiziției publice. Cu toate acestea, temeiul procedural al solicitării sale (art. 186 C. pr. civ.) prevede explicit că premisa a unei astfel de solicitări este tocmai dovada că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate.

În aceste condiții, solicitarea de repunere în termen se impune a fi respinsă, întrucât:

- Raportul procedurii, adus la cunoștința Asocierii ... - ... , menționează explicit modalitatea de evaluare a ofertei ...;

- Uzual, în materia achizițiilor publice, contestațiile se formulează în termenul de 10 zile de la momentul emiterii actului vătămător, fiind indiferentă etapa de studiere a dosarului achiziției publice, și chiar expres interzisă posibilitatea de completare/modificare a unei contestații prin utilizarea unor informații și documente care ar fi depins chiar de această etapă;

- În mod corect a fost refuzat accesul ... - ... la documentele ..., deoarece acestea au fost declarate confidențiale, întrucât autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate și probate de aceștia ca fiind confidențiale;

- Nu există nicio prevedere legală prin care se pot acorda derogări de la termenul imperativ de contestare pentru ca ... - ... să aibă posibilitatea de a formula o contestație într-un moment ulterior împlinirii termenului dimpotrivă, dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 statuează expres imposibilitatea de a prezenta motive noi de contestare și/sau formularea unor capete de cerere ulterior termenului legal de formulare a acestora. Astfel, diligențele pentru identificarea unanimității motivelor ce urmează a fi invocate revine ... - ... , ce avea obligația de a le prezenta cu respectarea termenului de contestare de la data la care a luat la cunoștință că oferta ... a fost desemnată câștigătoare;

- Nu este admisibil și nici permis ca o contestație să fie depusă ulterior la Consiliu doar pentru ca ... - ... să aibă acces la documentele achiziției și de a le studia în vederea descoperirii motivelor care ar putea să susțină eventualele critici față de oferta ...;

- Repunerea în termenul de contestare nu este permisă nici raportat la principiul celerității;

- Legiuitorul a prevăzut termene imperative pe care ... - ... este obligată să le respecte, nefiind posibilă o repunere în termenul de

contestare doar pentru că autoritatea contractantă a respectat principiul confidențialității și nu a furnizat informațiile declarate confidențiale de către ..., iar respectarea confidențialității nu poate conduce la o repunere în termenul de contestare.

În data de 07.12.2021, contestatoarea a depus opinia de specialitate a profesorului universitar doctor Ovidiu Podaru

Ca urmare, cu adresa datată 22.11.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 61195/23.11.2021, a formulat note scrise față de opinia de specialitate depusă de contestatoare, prin care face o serie de observații, după cum urmează:

(a) succesiunea în timp a elementelor factuale relevante este prezentată corect, ceea ce probează că la momentul intrării în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021 ofertele nu erau încă depuse, mai exact:

05.04.2021- Data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021;

19.04.2021- Data depunerii ofertelor în Procedura de atribuire.

Așadar nu este niciun dubiu cu privire la faptul că, la momentul intrării sale în vigoare, O.U.G. nr. 25/2021 nu putea reglementa/afecta drepturi deja dobândite pentru simplul motiv că acestea nu existau încă.

(b) Sesizează, în mod corect, sfera de aplicare definită explicit în cuprinsul O.U.G. nr. 25/2021, mai exact faptul că ea nu se aplică procedurilor în cadrul cărora ofertele erau deja depuse.

Calificat de către emitentul opiniei drept "banal și neinteresant", adevărul juridic propus de O.U.G. nr. 25/2021 este, în realitate, cheia acestei dezbateri juridice. Explicit acest act normativ arată că, pentru a nu interfera cu drepturile dobândite, O.U.G. nr. 25/2021 nu va produce efecte asupra acestora. Constituțional, corect, legal și explicit actul normativ a cărui aplicabilitate se dorește a fi eludată sub pretextul că ar afecta drepturi deja dobândite are, de fapt, în vedere și protejează, acele drepturi atunci când și dacă ele există.

(c) Doar operatorii economici care au depus oferte au dobândit drepturi în legătură cu respectiva procedura de atribuire. Scopul unui act normativ este acela de a fi aplicat în condițiile explicit prezentate în conținutul său, pretinsa dilemă abordată de către autor fiind pur speculativă. Astfel:

- Nu există niciun dubiu că, odată emis, un act normativ trebuie aplicat, nefiind necesar să se prevadă explicit că un act normativ trebuie respectat;

- Modalitatea de aplicare a actului normativ este reglementată prin el însuși, în speță, actul normativ stabilește situațiile de excepție, limitative, cărora nu li se aplică: procedurile în care au fost depuse deja oferte. În concluzie, procedurilor în care ofertele nu au fost depuse li se aplică, în mod evident;

- Câtă vreme actul este valabil, necontestat, conținutul lui este explicit și aplicabilitatea lui nu a fost înlăturată și nimic nu justifică eludarea aplicabilității. Există remedii specifice posibil a fi accesate atunci

când o entitate apreciază că aplicarea unui anume act normativ (de acest tip) îi vatămă interese (eventual) garantate, însă acele remedii nu sunt nicidecum reprezentate de contestații/opinii de specialitate și/sau argumente pur oportuniste invocate în procedura de atribuire. Așadar, odată intrat în vigoare evident, actul normativ este chiar obligatoriu a fi aplicat.

Intervenienta arată că O.U.G. nr. 25/2021 a fost emisă pentru a fi aplicată situațiilor cărora nu li se aplică sunt expres și limitativ indicate, motiv pentru care el se va aplica ori de câte ori ofertele nu au fost deja depuse în procedurile de atribuire.

Nu este necesară nici interpretarea și nici vreo prevedere expresă pentru a respecta faptul că un act normativ produce efecte și nu poate fi eludat.

Opinia de specialitate și/sau interpretarea ... nu pot reprezenta remedii eficiente de înlăturare de la aplicare a unui act normativ explicit, pe deplin lămuritor în privința sensului și scopului reglementării și de necontestat.

(d) Evaluarea unei oferte trebuie asigurată în raport de dispozițiile legale în vigoare, nici opiniile de specialitate, nici argumentele unui operator economic nu ar trebui să fie apte să determine (in)aplicabilitatea unui act normativ în vigoare cu atât mai mult cu cât nu este invocată nicio dispoziție legală care să impună menținerea actului normativ în forma în vigoare la data publicării documentației de atribuire.

Pe de altă parte, dispozițiile O.U.G. nr. 25/2021 completează și modifică Legea nr. 98/2016, însă nu o înlocuiesc, pentru a putea fi considerată o „lege succesivă” sau „o lege nouă”. Așadar, O.U.G. nr. 25/2021 are caracter completator și modifier pentru 4 dispoziții legale, astfel că dispozițiile acestui act normativ s-au încorporat în Legea nr. 98/2016, identificându-se cu aceasta la momentul intrării lor în vigoare. Fiind modificări și completări care se integrează și se identifică cu un act normativ, în discuție nu este o lege nouă sau o lege succesivă.

La momentul depunerii ofertei, ... cunoștea deja reglementarea O.U.G. nr. 25/2021 tocmai pentru că aceasta intrase în vigoare. Alegerea de a depune ofertă în condițiile explicit reglementate aparține exclusiv ofertantului, fiind cel puțin injustă solicitarea de a se modifica un anume cadru legislativ doar pentru ca acesta, în conștiință de cauză fiind, să poată beneficia de drepturile pe care, în prezent, legislația nu i le mai conferă.

Concluzionând, intervenienta arată că:

- modificările și completările Legii nr. 98/2016, intervenite anterior datei de depunere a ofertelor, sunt pe deplin aplicabile, nicidecum contrare vreunei dispoziții legale explicite;

- O.U.G. nr. 25/2021 este un act normativ valabil, emis pentru a produce efecte, în exact condițiile reglementate în conținutul lui;

- dacă reglementarea exclusivă a situațiilor cărora nu li se aplică ar reprezenta un impediment de aplicare (creând vreun dubiu legitim cu privire la posibilitatea de a se aplica tuturor celorlalte, care nu sunt exceptate), cvasi-majoritatea actelor normative ar rămâne, de fapt, neaplicate;

- Drepturile dobândite deja de către operatorii economici care au depus oferte sunt protejate inclusiv prin O.U.G. nr. 25/2021; pe de altă parte, niciun act normativ nu poate proteja ceva ce nu există;

- O.U.G. nr. 25/2021 nu este nici lege nouă, nici lege succesivă; aceasta doar completează și modifică 4 dispoziții ale Legii nr. 98/2016, încorporându-se în aceasta;

- ... a cunoscut, la momentul depunerii ofertei, dispozițiile legale aplicabile, înțelegând să-și manifeste voința de a se angaja din punct de vedere juridic, ... și-a asumat efectul produs de intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 25/2021, riscul întocmirii și depunerii unei oferte aparținând, desigur, ofertantului.

II. Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 66721/22.12.2021, depusă de Asocierea compusă din ... - SC ... SA în urma studierii dosarului cauzei la sediul CNSC, catalogată de Consiliu drept contestație și formând dosarul nr. ..., Asocierea ... - SC ... SA a formulat temeiurile care justifică cererea de repunere în termen formulată în contestație, aratând că își menține expres toate considerente expuse pe calea actelor procesuale formulate.

Preliminar, contestatoarea arată că accesul la dosarul achiziției are două valențe juridice, respectiv: presupune (i) încetarea împiedicării sale de a accede la informații publice legate de modul de evaluare a ofertei ... și (ii) admiterea cererii de repunere în termenul de formulare a temeiurilor de nelegalitate în declararea drept admisibilă a ofertei

Așadar, consideră că termenul legal prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) al Legii nr. 101/2016 curge de la data luării la cunoștință a dosarului achiziției publice, conform cererii de repunere în termen formulată prin contestație și întemeiată pe prevederile art. 186 C. pr. civ.

Totodată, consideră că oferta ... este manifest neconformă, cu încălcarea unor cerințe clare și imperative ale caietului de sarcini, modalitatea de evaluare a ofertei ... fiind vădit nelegală, ofertantul și autoritatea folosind instituția solicitării de clarificări pentru a "sugera" modificarea cerințelor caietului de sarcini care atrageau neconformitatea

Contestatoarea face precizarea că ... a ofertat pur și simplu alt tip de tren decât cel prevăzut de caietul de sarcini, iar apoi a încercat să acopere această flagrantă neconformitate într-un mod simplist și nelegal.

Astfel, natura de tren regional, iar nu inter-regional (de lung parcurs), a trenului ofertat de ... a determinat apariția de multiple și grave încălcări ale caietului de sarcini, apreciind că unica sancțiune

pentru o astfel de conduită este anularea raportului procedurii de atribuire și în ceea ce privește modalitatea de evaluare a ofertei ..., pe lângă cele solicitate în contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2947/2021.

Aceasta învederează că oferta ... este neconformă, întrucât nu îndeplinește standardul EN 13129:2017, prevăzut în caietul de sarcini.

A. Astfel, ... ofertează material rulant pentru trenuri regio, deși achiziția se referă la trenuri de lung parcurs.

Petenta subliniază că oferta ... nu respectă acest standard, ba chiar că ofertantul încearcă să pretindă că el nu ar trebui aplicat. Astfel, prin Solicitarea nr. 14, aferentă solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/255/22.06.2021, autoritatea contractantă a observat că ... a specificat, în oferta sa, că standardul EN 13129:2017 „nu se aplică” și, în consecință, i-a solicitat să precizeze motivele pentru care încalcă cerințele documentației de atribuire.

Prin răspunsul nr. 163/28.06.2021, ... precizează că „norma se aplică atunci când durata medie a călătoriei pasagerilor este mai mică de 1 oră, iar performanța HVAC trebuie evaluată numărând, atât pasagerii în picioare, cât și pasagerii pe scaune (conform cerințelor normei”. Totodată, contestatoarea apreciază că ... încearcă să convingă autoritatea contractantă că poate ignora standardul EN13129:2017, arătând că oferta sa se raportează la un cu totul alt standard, respectiv EN14750.

Drept urmare, oferta ... nu respectă standardul cerut prin documentația de atribuire, respectiv SR EN 13129:2017.

B. Între standardul SR EN 14750:2017 și standardul SR EN 13129:2017 există diferențe fundamentale, semnificative. Așadar, ... (autoritatea contractantă) trebuia să constate că oferta ... nu respectă un standard obligatoriu impus prin documentația de atribuire și să respingă această ofertă ca neconformă.

În susținere, petenta arată că între standardul SR EN 14750:2017 și standardul SR EN 13129:2017 există diferențe fundamentale, semnificative, după cum urmează:

Standardul SR EN 13129:2017 se aplică pentru trenurile Interregio, de lung parcurs. Acesta presupune parametri tehnici specifici privind circulația aerului în compartimentul de călători și, respectiv, privind instalația de climatizare, pentru a asigura confortul termic al călătorilor pe durată mai îndelungată, specifică trenurilor de lung parcurs.

Standardul SR EN 14750:2017 se referă la funcționarea aerului condiționat pentru trenuri urbane, de scurt parcurs.

Potrivit Ordinului nr. 2133/2020 al Ministerului Transporturilor, Infrastructură și Comunicațiilor, trenurile urbane se împart în două categorii: trenuri de categoria A (trenuri suburbane, trenuri regionale etc.) și trenuri de categoria B (metrouri și tramvaie).

Anexa nr. 2 a Ordinului Ministerului Transporturilor și Infrastructurii nr. 153/2011 definește categoriile de trenuri în funcție de serviciile oferite de operatorii de transport feroviar de călători. În concret, la pct. II, lit. a) se specifică parametri de funcționare specifici trenurilor Interregio (indicativ IR); în concret, viteza medie comercială/tren este de „minimum 45 km/h”. De asemenea, Anexa stabilește nivelul minimal de servicii oferite pentru trenurile Interregio, specific numai acestei categorii de trenuri.

În aceeași anexă, la pct. III, legiuitorul se referă la trenurile Regio (indicativ R). Astfel, trenurile Regio Expres R-E asigură o viteză medie comercială/tren de „minimum 40km/h”, având o densitate variabilă de opriri de-a lungul rutei. Totuși, „distanța maximă de circulație este de 300 km $\pm$ 10% sau prima stație de cale ferată, dacă se depășește această distanță”.

În ceea ce privește trenurile Regio tipice, acestea vor avea o viteză medie comercială care este „în principiu de minimum 35 km/h”.

De asemenea, acestea „asigură condiții de transport pentru arii geografice restrânse, distanța maximă de circulație fiind de 230 km $\pm$ 10% sau prima stație de cale ferată, dacă se depășește această distanță”. Acesta „oprește în halte, haltele în mișcare, haltele comerciale și stațiile de cale ferată din parcursul trenului, în proporție de minimum 70% din numărul total al acestora”.

Pentru trenurile Regio, legiuitorul stabilește un nivel calitativ semnificativ mai redus, față de trenurile Interregio, care beneficiază de o suită de servicii mai dezvoltată, atât referitoare la activitatea anterioară călătoriei (planificarea călătoriei), cât și pendinte transportului (servicii la bordul trenului), respectiv privind serviciile în stații.

În consecință, între trenurile Interregio și trenurile Regio există următoarele diferențe:

- Viteza trenului Interregio este mai ridicată (minimum 45 km/h, față de minimum 40 km/h, pentru Regio-Expres, respectiv 35 km/h, pentru Regio);
- Serviciile de care beneficiază călătorii sunt semnificativ mai reduse în cazul trenurilor Regio, față de Interregio.

Având în vedere cele de mai sus, petenta consideră că neconformitatea ofertei ... este evidentă, întrucât deși procedura de atribuire se referă în mod expres la trenuri de lung parcurs (Interregio, Intercity etc.), ... oferă material rulant realizat în conformitate cu standarde de calitate aferente trenurilor suburbane, de categorie A.

Contestatoarea subliniază că obiectul achiziției constă în trenuri de lung parcurs, iar prin impunerea standardului SR EN 13129:2017 se asigură confortul termic al călătorilor în aceste trenuri.

Astfel, utilizarea unei instalații de climatizare specifică unui tren care circulă pe distanțe scurte într-un tren de lung parcurs conduce la un

disconfort crescut al călătorilor, respectiv călătorii vor beneficia de un grad de confort semnificativ mai scăzut.

Petenta atrage atenția că într-un tren care circulă pe distanțe scurte, interesul primordial al călătorilor este să ajungă la destinație, gradul de confort resimțit în timpul călătoriei fiind mai puțin important, dat fiind faptul că în astfel de curse scurte durata petrecută efectiv în tren este, în general, de până la o oră, astfel că accentul cade asupra ajungerii la destinație, ca nevoie principală, iar nu pe confortul din timpul călătoriei, care rămâne subsidiar.

De aceea, un tren de scurt parcurs oferă un confort termic mai scăzut pentru călători, Standardul SR EN 14750:2017 fiind specific unui astfel de confort redus.

În antiteză, într-un tren de lung parcurs călătorii petrec mult mai mult timp, un interval suficient încât corpul uman să se adapteze la condițiile de temperatură, presiune etc., astfel că, a oferi un grad sporit de confort este esențial și absolut necesar, altminteri pasagerii vor suferi o stare generală alterată. De aceea, un tren de lung parcurs oferă un confort termic superior pentru călători, confort datorat/impus de standardul SR EN 13129:2017.

Raportat la prevederile capitolului 3.12.1 din caietul de sarcini, par. 11, doar trenurile de lung parcurs, realizate în conformitate cu standardul SR EN 13129:2017 oferă, în condiții de iarnă, o temperatură interioară de +22C, în timp ce trenurile de scurt parcurs, categoria A, oferă în aceleași condiții o temperatură internă de doar +15C.

Drept urmare, această condiție obligatorie potrivit documentației de atribuire este neîndeplinită, dat fiind faptul că a fost utilizat standardul SR EN 14750:2017, iar călătorii vor experimenta o temperatură interioară de doar 15 grade, pentru o durată lungă.

Tocmai pentru a spori confortul călătorilor, caietul de sarcini prevede standardul SR EN 13129:2017, care asigură o temperatură interioară medie de 22 grade Celsius, mult mai favorabilă confortului călătorilor, impunând în mod expres ca temperatura internă medie în condiții de iarnă să fie de 22 grade Celsius.

Concluzionând, petenta arată că trenurile de lung parcurs echipate cu SR EN 13129:2017 au o variație de ± 1 grad Celsius, astfel că pot ajunge la o temperatură, în condiții de iarnă, situată în intervalul 21-23 de grade Celsius, iar în condiții de vară, temperatura se va situa în intervalul 26-28 grade Celsius, în timp ce un tren de scurt parcurs echipat conform cu standardul EN 14750-1, de categoria A, are o temperatură în condiții de iarnă situată între 13-17 grade Celsius, iar în condiții de vară va avea o temperatură aflată în intervalul 28-32 de grade Celsius, mult mai deranjantă pentru confortul termic al călătorilor, mai ales pe perioade lungi de timp.

Un alt inconvenient cauzat de instalația de climatizare funcționând sub standardul SR EN 14750:2017, în loc de cea conformă cu standardul

SR EN 13129:2017, constă în controlul volumului de aer proaspăt care circulă în compartiment.

Concret, trenul de lung parcurs, cu standardul SR EN 13129:2017, asigură un reglaj mult mai rafinat al volumului de aer proaspăt per pasager existent în compartiment, în funcție de temperatura exterioară. Volumul de aer proaspăt variază, așadar, într-un tren de lung parcurs, între 10 și 20 de metri cubi/oră/pasager, asigurând un confort termic mai sporit și mai adaptat nevoilor pasagerilor.

Din contră, pentru trenurile de scurt parcurs, care utilizează standardul SR EN 14750:2017, debitul de aer proaspăt este fix, de 15 metri cubi/oră/pasager. Numai în condiții extreme, fluxul de aer poate fi redus la 10 metri cubi/oră/pasager. Lipsa reglajului volumului de aer proaspăt crește disconfortul călătorilor, prin raportare la circumstanțele fiecărei călătorii (mai ales sub aspectul temperaturii exterioare).

Așadar, lipsa reglajului debitului de aer curat conduce la o neconcordanță între condițiile meteo exterioare și temperatura medie interioară, creând disconfort călătorilor.

În consecință, arată că ... participă la o licitație pentru trenuri de lung parcurs, oferind instalație de climatizare specifică trenurilor pentru distanțe scurte, iar Standardul SR EN 13129:2017, obligatoriu prin documentația de atribuire, este neîndeplinit.

De asemenea, petenta precizează că nu există niciun tren de lung parcurs în gama Coradia, pe care ... își fundamentează oferta, trenurile similare la care face referire ... fiind trenuri de tip Regio - trenurile regionale Coradia, respectiv trenurile ETR 103 și 104, supranumite „Pop”. De asemenea, în categoria trenurilor regionale sunt întâlnite trenurile ETR 204, denumite „Donizetti”, aceste trenuri fiind trenuri de scurt parcurs.

Drept urmare, consideră că este incontestabil că oferta ... nu respectă condițiile impuse prin caietul de sarcini, oferind material rulant care nu respectă standardul EN 13129:2017, obligatoriu potrivit documentației de atribuire.

C. În continuare, contestatoarea susține că ... a încercat în mod nelegal să propună o modificare a caietului de sarcini prin răspunsul de clarificări. Astfel, prin solicitarea de clarificări nr. 22/255/22.06.2021, ... a solicitat ... să explice motivele pentru care nu a utilizat standardul SR EN 13129:2017, iar în răspunsul la solicitarea de clarificări cu nr. 22/255/22.06.2021, ... arată că utilizează această normă atunci când „durata medie a călătoriei pasagerilor este mai mică de 1 oră, iar performanța HVAC trebuie evaluată numărând, atât pasagerii în picioare, cât și pasagerii pe scaune (conform cerințelor normei)”.

Contestatoarea face precizarea că susținerea este greșită, întrucât doar într-un tren regional este posibil ca durata medie a călătoriei pasagerilor să fie mai mică de o oră.

Trenurile de lung parcurs, precum cele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, sunt acelea care asigură transportul călătorilor pe distanțe mai mari, oferind, în consecință, durate de călătorie mai ridicate, iar distanțele mai lungi modifică parametrii de realizare a transportului, mai ales sub aspectul vitezei medii, care este superioară celei aferente trenurilor Regio.

Așadar, diferențele existente la nivelul vitezei medii implică și diferențe de nivel calitativ al materialului rulant, mai ales sub aspectul instalației de climatizare (HVAC), întrucât aceasta trebuie să se raporteze la circumstanțe factice diferite (viteza de deplasare, viteza vântului, cantitatea de aer proaspăt inserată în compartiment, fluxurile de aer etc.).

Drept urmare, prin ofertarea unui sistem de climatizare care răspunde la standardul SR EN 14750:2017, ... nesocotește prevederile documentației de atribuire, oferta sa fiind neconformă.

Din acest punct, singura conduită permisă de lege pentru autoritatea contractantă era să constate neconformitatea ofertei ..., în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) al H.G. nr. 395/2016.

Cu toate acestea, ... emite o nouă solicitare de clarificări către ..., prin care se oferă să analizeze eventuale argumente pentru care nu ar trebui să aplice o cerință a caietului de sarcini, iar prin solicitarea nr. 1, aferentă solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/295/15.07.2021, solicită ... să descrie sub formă tabelară avantajele/dezavantajele obținute prin utilizarea standardului EN 14750 în loc de EN 13129 (conform prevederilor 1.11 din caietul de sarcini). De asemenea, a solicitat prezentarea de dovezi concrete de RE-IR aflate în exploatare, furnizate de, la care instalația de climatizare a fost dimensionată utilizând acest standard.

Prin răspunsul nr. 183/20.07.2021, ... a făcut referire la prevederile capitolului IV din caietul de sarcini, respectiv la experiența relevantă, manifestată în contracte similare de către

Contestatoarea consideră că o asemenea corespondență scrisă este contrară oricărei cerințe minimale de legalitate, iar autoritatea contractantă și ofertantul nu pot ajunge la un acord de voință care să oculteze o cerință a caietului de sarcini. În opinia sa, această abordare reprezintă o încălcare gravă a prevederilor legale care sancționează neconformitatea unei oferte pentru încălcarea caietului de sarcini, dar și a principiului fundamental al tratamentului egal între operatorii economici, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) al Legii nr. 98/2016.

Astfel, specificațiile documentației de atribuire care nu au fost contestate de către participanți în termenul legal sunt obligatorii și nu mai pot fi modificate. În acest context, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit în acest sens (cauza Pippo Pizzo c/a CRGT Srl (C-27/15) și cauza Denkavit, C-

61/79, paragraful nr. 16). De asemenea, instanțele naționale, în practica lor, au statuat că necontestarea documentației de atribuire în termenul legal echivalează cu acordul sau achiesarea părților la cerințele și specificațiile cuprinse în acesta, fiind obligatorie pentru părți și autoritatea contractantă, forța obligatorie a unei documentații de atribuire necontestate constituind un principiu fundamental în materia procedurilor de achiziție publică (Curtea de Apel Craiova, Decizia civilă nr. 1555/06.03.2012; Curtea de Apel Iași - Decizia nr. 2204/21.09.2012 și Decizia civilă nr. 834/07.11.2011, D.D. Șerban, Jurisprudența în materia achizițiilor publice, Volumul IV, Editura Hamangiu, 2014, p. 453; Decizia civilă nr. 1457/27.06.2011 a Curții de Apel București).

Așadar, documentația de atribuire nu se negociază cu ..., nici nu se aplică selectiv de către ..., așa cum reiese din coroborarea și interpretarea celor două solicitări de clarificări și a răspunsurilor oferite de ..., respectiv că ... a acceptat implicit înlocuirea standardului EN13129 cu standardul propus de ..., EN14750, chiar dacă atât ..., cât și ... erau obligate să respecte prevederile documentației de atribuire.

Mai mult, consideră că a conferi ofertantului posibilitatea de a modifica documentația de atribuire, prin intermediul solicitării de clarificări, reprezintă o conduită ilicită din două perspective: pe de o parte, se creează un avantaj nejustificat unuia dintre ofertanți, iar pe de altă parte, o modificare a documentației de atribuire la momentul evaluării finale reprezintă o încălcare esențială a principiilor tratamentului egal, nediscriminării și transparenței, întrucât reprezintă o schimbare a regulilor competiției la finalul acesteia.

Interdicția adresată unui stat membru de a reaseza specificațiile tehnice în cursul evaluării procedurii reprezintă un aspect confirmat în mod amplu și constant în jurisprudența CJUE (art. 18 alin. (1) al Directivei 2014/24), în aplicarea acestor texte legale, Curtea de Justiție a Uniunii Europene statuând că „obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante” (cauza Enterprise Focused Solutions SRL c/a Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia (C- 278/14), Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, EU:C:2012:191, punctul 25).

În susținere, contestatoarea invocă numeroase cauze și multiple alte spețe (Comisia Europeană c/a Irlandei (C-266/09), paragrafele 59–60, EVN și Wienstrom c/a Austriei, paragrafele 92-93), precum și dispozițiile legii naționale în ceea ce privește acest aspect.

Astfel, arată că în temeiul art. 209 alin. (2) al Legii nr. 98/2016, ... nu poate să protejeze un operator economic care a răspuns complet, dar neconform, unei prime solicitări de clarificări, întrucât instituția solicitării de clarificări nu reprezintă un instrument prin care autoritatea să încerce discreționar să remedieze deficiențele unui operator economic pe care îl favorizează (Curtea de Apel Constanța, Decizia civilă nr.

268/CA/31.05.2012, Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 3450/19.12.2011).

Contestatoarea consideră că răspunsul ... la solicitarea de clarificări a ... a fost elocvent în sensul că propunerea sa tehnică nu respectă cerințele de conformitate ale caietului de sarcini, fiind lipsit de temei legal a i se oferi ... ocazia unui nou răspuns la clarificare cu privire la același subiect, aplicabilă fiind în mod imperativ și sancțiunea inacceptabilității descrisă de art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016. Prin adresarea de solicitări de clarificări succesive, nenumărate, autoritatea sprijină acoperirea neconformității unui ofertant, ceea ce este contrar legii.

În continuare, contestatoarea arată că aceeași ofertă, respectiv oferta ... este neconformă, întrucât nu respectă indicele de calitate de funcționare.

Astfel, caietul de sarcini impune, la pct. 1.2.1.5, ca indicele de confort să se încadreze în condițiile stabilite prin standardul UIC 513, respectiv standardul 12299. Potrivit acestor standarde, indicele de confort N trebuie să aibă o valoare mai mică de 2 ($N < 2$). Drept urmare, valoarea indicelui N trebuie să fie strict mai mică decât 2, nefiind admise eventuale variații care să depășească indicele de confort 2.

Conform fișei UIC 513, aprecierea gradului de confort în funcție de valoarea indicelui de confort N se face astfel: confortul este evaluat ca foarte bun dacă N este mai mic decât 1. Confortul este bun, dacă N se situează în intervalul [1-2]. Confortul este mediu, dacă N se situează în intervalul [2-4], slab, dacă N se situează în intervalul [4-5], respectiv foarte slab, dacă N este mai mare ca 5. Tot conform fișei UIC 513, pentru materialul rulant de confort ridicat, indicele N trebuie să fie maximum egal cu 2, pentru materialul circulant de confort ridicat, acesta fiind obiectul procedurii de atribuire.

De asemenea, prin solicitarea nr. 6, din cuprinsul solicitării de clarificări nr. 22/255/22.06.2021, ... a solicitat către ... să clarifice care este valoarea indicelui de confort, întrucât din declarația inițială a ... reiese că „valoarea indicelui standard de confort NMV va fi între 1,5 și 2,5”.

În răspunsul transmis, ... susține că: „[t]estele de confort conform EN12299 ale garniturii de tren ICNG-5 au fost efectuate în 2019 pe rețeaua feroviară germană DB Netz, cu suspensia pneumatică umflată, fără pasageri. Testele au fost efectuate, atât pe o linie de mare viteză (între 200 și 250 km/h), cât și pe o linie regională, cu o viteză maximă a liniei de 160 km/h. Valoarea țintă pentru acest set de trenuri a fost NmV mai mic sau egal cu 2,3. Din cele 252 de valori ale NMV evaluate, 247 au fost sub 2,0. h mijlocul vagonului, 99% din valori au fost sub 1,5. Cea mai mare valoare a fost de 2,04, pe ultimul boghiu al garniturii de tren

Testele ETR 104

Testele în conformitate cu EN 12299 au fost efectuate pe ETR 104 002 pe rețeaua feroviară italiană RFI între Pisa și Orte în 2019, cu suspensia pneumatică umflată, fără pasageri, la viteza maximă de 160 km/h. Ținta a fost NMV mai mic de 2,5. În general, vehiculul testat a avut caracteristici de călătorie „confortabile” până la „foarte confortabile”. Din cele 744 de valori măsurate (12 puncte de măsurare pe garnitura de tren pentru patru ..., înmulțită cu 62 de măsurători), în 95% din cazuri valoarea NMV a fost mai mică de 1,68, în timp ce valoarea maximă măsurată a fost de 2,14. Același nivel de confort al trenurilor noastre de referință va fi atins și de către RE-IR, format din 6 De obicei, cea mai mare valoare NMV este măsurată pe ultimul boghiu. Menționăm faptul că o condiție foarte importantă pentru performanța crescută a acestui indice este calitatea liniilor de cale ferată care, pentru a atinge valori similare, trebuie să fie comparabilă cu cea a celor două rețele menționate anterior. În orice caz, rezultatele menționate mai sus ne fac să credem că RE-IR se va încadra în categoria „confortabilă” însă, în acest moment, fără a deține informații despre calitatea liniilor, nu este posibil să estimăm cu exactitate indicele maxim NMV, altfel decât asumându-ne valoarea $NMV < 2$.

Opinia petentei este că din acest răspuns la solicitarea de clarificări nr. 22/255/22.06.2021, reies în mod limpede mai multe elemente care conduc la concluzia că nici această cerință a caietului de sarcini nu este îndeplinită.

Raportat la faptul că ... menționează, în mod expres, că nu poate indica cu exactitate indicele maxim NMV, arătând că acesta s-a situat în intervalul 1,68 - 2,14, petenta consideră că, în realitate, echipamentul oferit de ... încalcă prevederile caietului de sarcini, luând în considerare că acesta impune obligația ca valoarea indicelui NMV să fie strict mai mică decât 2 ($NMV < 2$).

Totodată, raportat la faptul că ... precizează că a avut ca „țintă” obținerea unui NMV mai mic sau egal cu 2,3, pentru trenurile ICNG-5, testele fiind efectuate pe rețeaua feroviară germană DB Netz, precum și obținerea unui NMV strict mai mic decât 2,5, pentru ETR 104 002, pe rețeaua feroviară italiană RFI, între Pisa și Orte, în 2019, înseamnă că întregul mecanism ofertat de ... s-a concentrat pe obținerea unui indice de confort care ar fi trebuit să fie strict mai mic decât 2,5, ori egal cu 2,3, după caz, iar nu strict mai mic decât 2, adică valoarea indicată prin caietul de sarcini.

Contestatoarea reiterează că, cu cât valoarea indicelui NMV este mai mare, cu atât calitatea și confortul oferite pasagerilor sunt mai mici. mărimea indicelui NMV fiind direct proporțională cu vibrațiile resimțite de pasageri în timpul călătoriei.

Având în vedere că prezenta procedură de atribuire se referă la proiectarea, fabricarea și achiziționarea unor rame electrice, de lung parcurs, acest lucru presupune proiectarea unor trenuri noi (chiar

punctul 1.1.1. din Caietul de sarcini indică noutatea trenurilor), specificitatea trenurilor fiind menită să răspundă în integralitate la cerințele din documentația de atribuire, stabilite prin raportare la nevoile concrete din sistemul feroviar public român.

Așadar, documentația de atribuire prevede caracteristici tehnice de natură să personalizeze ramele electrice și să le pună în acord cu circumstanțele de fapt și cu viitoarea utilizare care va fi acordată trenurilor. Prin urmare, autoritatea contractantă dorește proiectarea unor rame electrice, iar nu achiziționarea unor trenuri deja construite, tocmai pentru că are intenția de a achiziționa trenuri adaptate la circumstanțe factice specifice, inclusiv la calitatea liniilor, traseele dorite, planificarea călătoriilor etc. Drept urmare, ... a stabilit conținutul cerințelor tehnice din documentația de atribuire tocmai pentru ca ulterior ramele electrice proiectate, fabricate și achiziționate să corespundă perfect circumstanțelor în care acestea vor circula în mod efectiv.

Contestatoarea subliniază că ... încearcă să ofere rame electrice deja realizate, care răspund nevoilor altor piețe și care nu sunt personalizate, astfel încât să satisfacă un alt ansamblu particular de nevoi, cu cerințe tehnice. Tot astfel este și cazul indicelui NMV, pe care ... nu îl poate estima, ci doar aproxima, întrucât oferă trenuri deja existente, având specificații tehnice deja stabilite.

Aceasta reiterează că ... oferă trenuri regionale, de scurt parcurs, în timp ce procedura de atribuire se referă la rame electrice de lung parcurs, tip Interregio, însă pentru început indicele de confort va fi mai scăzut decât în cazul trenurilor Interregio, astfel că oferta ... este neconformă, indicele de confort NMV nefiind în mod cert stabilit în limita strict determinată de Caietul de sarcini ($N < 2$).

Contestatoarea mai susține că natura de tren regional a trenului oferit de ... determină apariția a multiple alte neconformități, deoarece oferă un alt tip de tren decât prevede caietul de sarcini.

Astfel, în tot cuprinsul documentației de atribuire, standardele tehnice sunt cele specifice unui tren de lung parcurs, în caietul de sarcini fiind precizat, la pct. 2.4.3.2. par. 1, că „unitatea RE-IR va fi încadrată în categoria vehiculelor: Trenuri de mare viteză și de distanțe lungi”, însă trenurile oferite de ... au o configurație tehnică specifică trenurilor de distanțe scurte, parametri tehnici fiind semnificativ diferiți celor privind trenurile care circulă pe distanțe lungi. Ramele electrice care fac obiectul procedurii de atribuire sunt produse complexe, iar misiunea diferită, de tren regional, face ca produsul oferit de ... să aibă un ansamblu complet diferit de caracteristici, față de produsul dorit de ..., tren de lung parcurs, conflictul dintre produsul oferit de ... și criteriile prevăzute în documentația de atribuire fiind evident.

În acest sens, contestatoarea precizează că ramele electrice trebuie **să fie capabile să circule cu viteză maximă de 160 km/h**, în condiții de încărcare maximă, **potrivit punctului 2.1, par. 4 din**

caietul de sarcini. Astfel, prin solicitarea nr. 1, din cuprinsul solicitării de clarificări nr. 22/264/01.07.2021, ... a solicitat ... să explice „care sunt motivele pentru care mersul cu 2 pantografe ridicate nu este necesar și (...) care este viteza de deplasare a RE-IR cu ambele pantografe ridicate”.

Prin răspunsul nr. 171/07.07.2021 la clarificări, ... susține că, în ipoteza în care la comanda mecanicului se va circula cu două pantografe ridicate, viteza maximă va trebui limitată la 120 km/h, contrar cerințelor caietului de sarcini. Acest lucru va afecta semnificativ performanțele economice ale trenului, mai ales că este vorba despre trenuri de lung parcurs.

Contestatoarea susține că ... și-a completat oferta adaugând o serie de scheme pneumatice ale frânei, prin intermediul răspunsurilor la solicitarea nr. 6, din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/264/01.07.2021, deși aceste scheme pneumatice erau obligatorii, potrivit punctului 11.5 din caietul de sarcini, însă privitor la argumentele 1 și 2, clarificările nu pot constitui o modalitate prin care ofertantul își poate completa oferta cu înscrisuri noi.

Prin urmare, consideră că această conduită a ..., de a accepta completarea ofertei de către ..., este literalmente opusul dezlegării date de CJUE în cauza Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik (C-131/16), jurisprudența Consiliului arătând că acceptarea completării ofertei cu documente lipsa la momentul depunerii „conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți” (Decizia nr. 592/C4/248/27.02.2014).

Totodată, arată că practica judiciară a statuat că „autoritatea contractantă nu are dreptul ca, prin clarificările/completările solicitate, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”, (Decizia civilă nr. 614/CA/2011-R/07.04.2011).

Deși în cuprinsul inițial al ofertei ... a afirmat că înregistrarea la îmbarcare nu se realizează, ulterior solicitării nr. 19 de clarificare din cuprinsul solicitării de clarificare cu nr. de înregistrare 22/255/22.06.2021, ... a pretins că pasagerii vor fi înregistrați la îmbarcare.

Drept urmare, contestatoarea consideră că din nou, cu permisiunea ..., ... a folosit instrumentul solicitării de clarificări pentru a încerca transformarea ofertei din neconformă în conformă, conduită sancționată inclusiv de CJUE în cauza Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik (C-131/16).

În consecință, pentru toate aceste motive, aceasta arată că trenul ofertat de ... încalcă flagrant cerințele caietului de sarcini, reiterând că oferta ... este neconformă.

Tot în susținerea neconformității ofertei ..., petenta menționează că ... a observat că se ofertează trenuri de scurt parcurs, iar ... a recunoscut neconformitatea, toate trenurile ofertate prin propunerea

tehnică fiind trenuri regio, de scurt parcurs, contrar cerințelor caietului de sarcini.

Prin solicitarea nr. 2, din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/295/15.07.2021, ... solicita ... să precizeze „care este modelul CORADIA, pe baza căruia a fost întocmită oferta tehnică” și să prezinte „documentele doveditoare pentru respectivul model”.

Prin răspunsul nr. 183/20.07.2021 la solicitarea nr. 2, din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/295/15.07.2021, ... arată: „în terminologia ..., platforma tehnică a acestor vehicule este denumită „Smart Coradia”, în timp ce numele comercial este „Coradia Stream”. Ca atare, cele două nume se referă la aceeași familie de vehicule feroviare. Mai apoi, în funcție de configurația specifică, sunt utilizate codificări tehnice, ca de exemplu „ETR 103”, respectiv „ETR 104”, pentru rame electrice cu un singur nivel, compuse din 3, respectiv 4 Pentru ca lucrurile să fie și mai complicate, acestea au și denumiri alternative, „TMC 3 casse”, respectiv „TMC 4 casse” (...).

Așadar, ... a observat că oferta tehnică prezentată de ... s-a raportat la trenurile Coradia, astfel că a solicitat identificarea trenului care a servit ca reper în redactarea ofertei tehnice, pentru a stabili în ce măsură acesta satisface sau nu cerințele documentației de atribuire, însă precizările făcute de ... se referă exclusiv la trenuri Regio. Toate trenurile similare din platforma Coradia, la care se referă ... în solicitarea de clarificare nr. 2, precum și cele menționate în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2, inclusiv „ETR 103”, respectiv „ETR 104” sunt trenuri Regio, deci de scurt parcurs, iar nu Interregio, RE-IR, așa cum se specifică în documentația de atribuire.

În consecință, ... ofertează alt produs decât cel solicitat prin caietul de sarcini, oferta sa fiind neconformă.

Contestatoarea apreciază că ... recunoaște că ofertează trenuri care nu sunt de lung parcurs, deci sunt neconforme, în acest sens arătând că prin solicitarea de clarificări nr. 3, din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/295/15.07.2021, ... a solicitat ca ... să precizeze cum impactează precizarea „[a]vând în vedere faptul că vehiculele Coradia Stream ERT 104 și ETR 103 nu sunt prevăzute pentru operare pe distanțe lungi sau la viteză ridicată (...)" cerințele caietului de sarcini, solicitând definirea "distanțe lungi" și „viteză ridicată”.

În răspunsul la această solicitare de clarificări, nr. 183/20.07.2021, ... arată că „distanțe lungi”, respectiv „viteză ridicată” ar fi rezultatul „diverselor tipuri de clasificări ale materialului rulant, uneori larg răspândite în industrie, alteori interne grupului Astfel, în terminologia noastră, distanțe lungi se referă la sectoare de cale ferată parcurse fără oprire între două stații de peste 100 km, ceea ce nu este cazul trenului ofertat în actuala procedură, pentru care distanțele între stații sunt, în conformitate cu anexa 6B1 și 6B2, mai mici de 100 km, de regulă 40-50 km”. În același răspuns, arată: „(...) Având în vedere cerințele privind

încărcarea trenului în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și prevederile standardului EN 12663 privind definirea trenurilor în funcție de încărcare, trenul oferat este de categoria M-II și nu de categoria M-I (tren de mare viteză, pentru distanțe lungi), ceea ce explică terminologia utilizată în propunerea noastră tehnică. Pentru evitarea oricărui dubiu, menționăm și aici faptul că trenul din oferta noastră oferă confortul necesar călătoriilor lungi prin respectarea tuturor cerințelor caietului de sarcini dintre care menționăm, cu titlu de exemplu, numărul toaletelor (3+1 PMR), spațiul pentru bar-bistro, scaunele cu spatar reglabil etc. Mențiunile citate în întrebarea de clarificare nu contrazic cerințele caietului de sarcini, ci se raportează la modul de clasificare pe larg răspândit în industrie".

Din coroborarea solicitării nr. 2 și a solicitării nr. 3 de clarificări, identificate în cuprinsul solicitării de clarificări nr. 22/295/15.07.2021, se poate constata că ... a observat că trenul oferat de ... este unul regional, aferent gamei Coradia, că natura de tren regional face imposibilă satisfacerea călătoriilor de lung parcurs, caracterizate prin distanțe lungi și care fac necesare viteze ridicate de călătorie, precum și că ... recunoaște caracterul de tren regional al trenului oferat, contrar documentației de atribuire.

Față de această situație, contestatoarea consideră că este și nelegal și inexplicabil că ... nu a constatat, imediat, neconformitatea ofertei ..., de vreme ce ea se referă la un alt tip de produs decât cel la care obligă documentația de atribuire.

Totodată, apreciază că explicația dată de ... cu privire la termenul „distanțe lungi” este confuză și incorectă, respectiv că acest termen presupune „sectoare de cale ferată parcurse fără oprire între două stații de peste 100 km”, când, de fapt, termenul „distanțe lungi” se referă la întreg parcursul trenului, de la stația de plecare și până la stația de destinație, iar nu la distanța parcursă de tren între două stații succesive.

Contestatoarea mai subliniază că descrierea unui vehicul ca fiind apt pentru distanțe lungi se referă la posibilitatea de a realiza transporturi pe distanțe lungi, calculate de la punctul de plecare și până la punctul de destinație, iar nu prin raportare la oricare două noduri intermediare ale călătoriei.

În opinia sa, ... încearcă să ofere justificări lipsite de orice importanță, susținând că sunt respectate toate cerințele caietului de sarcini, făcând o trimitere, pretins exemplificativă, la numărul de toalete implementate, în ciuda faptului că, în realitate, ofertează un cu totul alt tip de tren decât cel la care obligă documentația de atribuire, dovezile neconformității fiind multiple, reieșind din argumentația prezentată mai sus.

VI. O altă critică vizează faptul că ... nu a depus toate documentele asumate prin DUAE, astfel că ... încalcă principiul tratamentului egal prin nenumărate solicitări de clarificări menite să ajute acest ofertant.

În acord cu dispozițiile art. 193-200 din Legea nr. 98/2016, ... a depus DUAЕ, certificând că deține documentația necesară pentru a satisface în integralitate cerințele documentației de atribuire, astfel că, ulterior, acest ofertant trebuia să depună întreaga documentație asumată prin DUAЕ, însă ... a trimis în multiple rânduri un răspuns neconcludent la solicitarea autorității contractante, respectiv documente incomplete.

Astfel, au fost solicitate șapte clarificări, prin care se cerea fie completarea documentelor, fie lămurirea acestora, cu toate că, potrivit dispozițiilor art. 196 din Legea nr. 98/2016, în principiu, ofertantul declarat câștigător trebuie să prezinte, la solicitarea autorității contractante, toate documentele pe care și le-a asumat prin intermediul DUAЕ.

Spre exemplificare, petenta arată că prin solicitarea nr. 1, aferentă solicitării de clarificări nr. 22/375/27.09.2021, s-a cerut traducerea autorizată a „Certificatului cu nr. 21119030502B3/29.04.2021, emis de Ministerul de Justiție din Franța, pentru DULAC Xavier”, cu toate că de la bun început era necesar ca documentele depuse de ... să fie sub forma traducerii autorizate.

Similar, prin solicitarea finală nr. 22/375/27.09.2021, ... solicită „traducerile autorizate în lb. română pentru 32 de PV-uri de predare primire material rulant”, iar ... a transmis documente în limba italiană, neînsoțite de traducere, unicul document tradus autorizat fiind procesul-verbal de predare-primire nr. ETR103.001/06.09.2019.

Mult mai grav consideră a fi faptul că prin solicitarea nr. 2, din aceeași solicitare, se poate observa că ... a depus 4 certificate expirate, respectiv:

1. „certificatul de atestare fiscală - ANAF actualizat (certificatul de atestare fiscală nr. 3406600/09.06.2021, emis de ANAF)”;

2. „certificatul de atestare fiscală (actualizat) pentru persoane juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetului local, emis de DGITL Sector 6 (certificat de atestare fiscală nr. 274378/05.08.2021)”;

3. „certificatul de atestare fiscală (actualizat) pentru persoane juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetului local, emis de Direcția de Venituri - Municipiul ... (certificat de atestare fiscală nr. 82945/19.07.2021)”;

4. „certificatul de atestare fiscală (actualizat) pentru persoane juridice privind impozitele, taxele locale și alte venituri datorate bugetului local, emis de administrația locală din ... pentru sediul secundar din ..., str. ...”.

Cu privire la certificatul de atestare fiscală privitor la sediul secundar din ..., str. ..., ... arată că „[c]ertificat de atestare fiscală pentru acest punct de lucru nu a fost inclus în pachetul de documente suport transmis de ofertant în data de 22.09.2021”.

Drept urmare, contestatoarea consideră că ... ajută ofertantul ... să-și completeze oferta nu doar cu documente actualizate, ci și cu adăugarea de noi documente, pe care, deși avea obligația, nu le-a trimis către

Tot în același fel, prin solicitarea de clarificări nr. 22/378/28.09.2021, ... solicită prezentarea anexelor referitoare la experiența similară a ..., respectiv prezentarea contractului nr. CIG700890073F, din care să rezulte valoarea serviciilor de mentenanță.

Contestatoarea reiterează că intervenția ... în denaturarea tratamentului egal și sprijinirea ... este evidentă, ... arătând ..., în solicitarea nr. 2 din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/378/28.09.2021, documente care demonstrează experiența similară și prezentând ce elemente trebuie să rezulte din cuprinsul acestor documente. Permisiunea acoperirii unui răspuns inițial neconcludent la o solicitare de clarificări este contrară legii, reiterând că este lipsit de temei legal a i se oferi ... ocazia unui nou răspuns la clarificare cu privire la același subiect, aplicabilă fiind în mod imperativ și sancțiunea inacceptabilității prescrisă de art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016.

O altă abatere învederată de contestatoare este nedepunerea informațiilor privind valoarea echivalentă în ron a situației financiare și economice, sub aspectul cifrei de afaceri anuale generate pentru anii de referință 2017, 2018 și 2019, astfel că aceste date au făcut obiectul solicitării de clarificări nr. 22/380/30.09.2021.

... a solicitat ... să completeze documentația depusă și prin solicitarea de clarificări nr. 22/383/04.10.2021, indicând acestuia să prezinte documentele „care atestă dotarea proprie/închirierea sau alte forme de punere la dispoziție a liniilor de mentenanță, a utilajelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice utilizate în livrarea mentenanței pentru RE-IR livrate”. Petenta subliniază că și aceste documente erau în mod expres prevăzute în FDA, mai precis la secțiunea nr. III.1.3.a), Capacitatea tehnică și profesională, astfel că din nou consideră conduita ... ca fiind discriminatorie în ceea ce privește oferirea de șanse nejustificate ... de a-și completa continuu oferta cu documente nedepuse.

Tot la fel, prin solicitarea de clarificări nr. 22/397/15.10.2021, ... solicita retransmiterea acordului de subcontractare, „astfel încât să corespundă obiectivelor anunțului de participare”, fiind evident că inclusiv ... recunoaște că documentele depuse de ... sunt neconforme și nu răspund prevederilor existente în anunțul de participare.

Prin solicitarea de clarificări nr. 22/407/25.10.2021, ... solicita ... „să transmită contractul/contractele subsecvente aferente Acordului cadru nr. 5381/03.08.2016, în baza căruia/cărora au fost livrate minim 20 de produse similare”, aratând că, din documentele transmise inițial de ..., „rezultă doar informații cu privire la acordul cadru nr. 5381/03.08.2016 și la procesele verbale de predare-primire prezentate

ca documente suport pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară”.

Contestatoarea susține că și cu privire la acest aspect ... recunoaște că ... a depus documente neconcludente, care nu sunt în măsură să dovedească experiența similară, fiind pasibilă de aplicarea sancțiunii prevăzute de art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016.

Aceasta reiterează că repetarea unei solicitări de clarificări asupra aceluiași subiect, pentru acoperirea unui răspuns inițial neconcludent, este contrară legii, în susținere citând din Decizia civilă nr. 268/CA/31.05.2012 a Curții de Apel Constanța și din Decizia civilă nr. 3450/19.12.2011 a Curții de Apel București.

Concluzionând, contestatoarea arată că oferta ... trebuia respinsă de ..., ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) al H.G. nr. 395/2016, întrucât

i. ... ofertează trenuri Regio, de scurt parcurs, și nu trenuri inter regionale, de lung parcurs;

ii. parametrii de confort ai trenului ofertat de ... sunt specifici trenurilor regionale de scurt parcurs și sunt inferiori parametrilor de confort specifici trenurilor Interregio, de lung parcurs;

iii. indicele de confort impus de caietul de sarcini trebuie să aibă o valoare strict mai mică decât 2 ($NMV < 2$), însă ... oferă trenuri pentru care indicele N se va raporta la valori superioare celor din documentația de atribuire, respectiv $NMV < 2,3$, respectiv $NMV < 2,5$;

iv. ofertează trenuri cu o instalație de climatizare (HVAC) ce nu respectă standardul obligatoriu impus de documentația de atribuire;

v. Natura de tren regional, iar nu inter-regional (de lung parcurs) a trenului ofertat de ... determină apariția de multiple alte neconformități, fiind ofertat alt tip de tren decât cel prevăzut de caietul de sarcini.

și inacceptabilă în temeiul (i) art. 134 alin. (5) și alin. (6) al H.G. nr. 395/2016, întrucât în repetate rânduri răspunsul ... la solicitările de clarificări ale ... a fost elocvent în sensul că propunerea sa tehnică nu respectă cerințele de conformitate ale caietului de sarcini.

În replică, societatea intervenientă din dosarul 2947/2021 a formulat concluzii scrise transmise prin adresa datată 22.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 67221/24.12.2021, prin care arată că nu poate fi depusă de către ... o completare a contestației ce face obiectul dosarului 2947/2021 (calificată de Consiliu ca fiind o nouă contestație, ce face obiectul dosarului nr. ...), cu privire la actele anterior emise de către ..., sub pretextul unei prezumate decizii de repunere în termen deduse interpretativ din invitația la studiul dosarului achiziției publice.

În contextul sintetizat mai sus, intervenienta consideră că invitația la studiu adresată contestatorului nu este o decizie de repunere în termenul de a contesta, nu este respectat dreptul la apărare al ofertantului vizat de completarea contestației și nu poate fi completată

contestația depusă cu motive rezultate din studiul dosarului achiziției publice.

În subsidiar solicită, în măsura în care Consiliul va aprecia că o astfel de completare este, din punct de vedere procedural, permisă, solicită emiterea unei decizii (încheieri) intermediară, pentru transparenta anunțare a măsurii de repunere în termen, astfel ca ... să fie, la rândul său, obligată să publice în SEAP această completare (în realitate, o nouă contestație) astfel încât, orice operator economic interesat să poată beneficia de termenul de 10 zile reglementat de dispozițiile legale în scopul formulării unei noi cereri de intervenție față de argumentele noi, invocate pentru prima dată în data de 22.12.2021.

A. În ceea ce privește susținerea că invitația la studiu nu reprezintă o decizie de repunere în termenul de a contesta, intervenienta arată următoarele:

(a) Termenele procedurale imperative reglementate pentru exercitarea anumitor drepturi procesuale nu pot fi deduse pe cale interpretativă și/sau asimilate unor "valențe" apreciate de către operatori, ci dimpotrivă, ele se calculează potrivit dispozițiilor legale relevante care stabilesc obligația de a depune contestație în termen de 10 zile de la momentul emiterii actului vătămător, termen care în speță este depășit. Astfel, actul contestat a fost publicat în SEAP la data de 02.11.2021, acesta relevând atât respingerea ofertei ..., cât și desemnarea câștigătoare a ofertei ..., iar contestația privind respingerea ofertei ... este depusă la data 11.11.2021, fără ca vreo critică privind modalitatea de evaluare a ofertei ... să fie invocată.

Contestația privind modalitatea de evaluare a ofertei ... este depusă la data de 22.12.2021, fără ca vreo decizie intermediară de repunere în termen să fi fost emisă între timp. Așadar, contestația depusă la data de 22.12.2021 (denumită completare), la 50 de zile de la momentul emiterii actului contestat, este tardivă.

În opinia intervenientei, singura "valență" a invitației la studiul dosarului achiziției publice este realmente studiul documentelor apreciate ca nefiind confidențiale de către complet, nicidecum repunerea contestatorului în dreptul de a contesta.

(b) Normele procedurale proprii materiei achizițiilor publice nu prevăd posibilitatea repunerii în termenul de a contesta, dimpotrivă, derogatoriu și limitativ, acestea impun ca, în raport de data emiterii actului contestat, operatorii implicați să procedeze conform dispozițiilor acestora:

Așadar, calendarul procedural al demersurilor de contestare este strict definit, dezideratul frecvent enunțat drept fundament al unor astfel de măsuri fiind tocmai celeritatea, transparența, dreptul la apărare și contradictorialitatea.

B. În cazul în care studiul dosarului echivalează cu repunerea în termen, intervenienta consideră că singurul remediu apt să confere

posibilitatea de apărare a operatorului vizat este publicarea (de către CNSC a) unei încheieri distincte privind acest aspect procedural, urmat de publicarea (de către autoritate) a noii contestații/completări în SEAP și de acordarea unui nou termen de 10 zile (în favoarea operatorului vizat de criticile noi/completatoare) pentru ca acesta să-și poată exercita, în condițiile legii, dreptul la apărare.

Intervenienta consideră că întreg demersul trebuie reluat, practic, din punctul în care atât informarea din partea autorității contractante (prin SEAP), cât și recunoasterea intervalului de 10 zile necesar pentru pregătirea intervențiilor să fie asigurat. Aceasta face precizarea că întreaga practică dezvoltată cu privire la situații similare confirmă faptul că, ulterior studiului dosarului achiziției publice, nu pot fi aduse critici care nu se regăsesc în contestație.

Spre exemplificare, intervenienta solicită observarea faptului că:

- este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare pe calea concluziilor scrise, aspect tranșat prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prin jurisprudența CNSC;

- este inadmisibilă solicitarea de repunere în termenul de contestare și luarea în considerare a noilor critici care au decurs din analiza dosarului de achiziție publică;

- este inadmisibil și nepermis ca o contestație să fie formulată doar pentru ca autoarea ei să aibă acces la dosarul achiziției publice în vederea completării criticilor formulate față de actele atacate care, de altfel, ar trebui să se regăsească în motivarea inițială a contestației;

- este inadmisibilă invocarea unor motive noi de contestare, ulterior studierii dosarului achiziției publice, întrucât prin concluziile scrise nu se pot schimba limitele investiției Consiliului;

- principiul celerității, necesar a fi respectat în soluționarea contestației, interzice atât repunerea în termenul de contestare, cât și formularea unor critici noi pe calea concluziilor scrise urmare a studiului dosarului de achiziție publică;

- este inadmisibilă formularea unor critici noi pe calea concluziilor scrise inclusiv prin raportare la obligația contestatoarei de a indica, în contestație, obiectul cererii și expunerea motivelor invocate.

Față de documentul depus în completare de către contestatoare, calificat ulterior de Consiliu ca fiind o contestație nouă, autoritatea contractantă a formulat note scrise, transmise cu adresa nr. 15/451/27.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 67774/28.12.2021, prin care solicită Consiliului să respingă solicitările acesteia ca neîntemeiate.

Autoritatea mai solicită constatarea faptului că prin "actul procesual" depus de contestatoare la data de 22.12.2021, aceasta contestă evaluarea ofertei declarate câștigătoare, fiind la bază o contestație împotriva Raportului procedurii nr. 22/410/28.10.2021.

Astfel, raportat la prevederile legale ale art. 8 din Legea nr. 101/2016 se poate constata că depunerea "actului procesual", așa cum este numit de către contestatoare, este tardivă, întrucât se situează în afara termenului de 10 zile de la emiterea, respectiv publicarea (02.11.2021), a actului contestat (raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021).

Autoritatea contractantă învederează că autoarea contestației, prin efectul prevederilor OUG 25/2021, a fost exclus de la participare la proceduri de achiziții publice.

În argumentarea prezentelor concluzii scrise, ... menționează că nu va face referire la aceste aspecte de ordin tehnic prezentate de către contestatoare, deoarece oferta asocierii ... Co. Ltd - ... SA nu a fost deschisă și nu a fost evaluată, ca urmare a faptului că respingerea ofertei s-a realizat punându-se în aplicare legislația în domeniul achizițiilor publice, respectiv „OUG nr. 25/2021 și Ordinul (ANAP) nr. 549/2021 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. jj), în conformitate cu art. 53 alin (11)".

Astfel, prin efectul prevederilor OUG 25/2021, oferta ... -... a fost respinsă, fiind declarat câștigător unicul ofertant rămas în procedură, respectiv pe ...

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea consideră că pretinsa lipsa de conformitate a ofertei declarate câștigătoare, chiar dacă s-ar adeveri, nu are un caracter vătămător pentru interesele contestatoarei din moment ce, conform legislației în vigoare, contestatoarea este exclusă atât de la participarea la prezenta procedură, cât și de la participarea la orice procedură ar avea loc în cazul anulării prezentei proceduri. Astfel, consideră că autoarea contestației nu este îndreptățită prin lege să participe (și cu atât mai puțin să câștige) vreo procedură de atribuire în România, așadar nu poate dovedi vreun interes legal în raport cu aceste proceduri în general și cu prezenta procedură în special.

... subliniază că nu „a pretins” ca fiind aplicabilă „OUG nr.25/2021 și Ordinul (ANAP) nr. 549/2021 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute de art. 3, alin. (1) lit. jj), în conformitate cu art. 53 alin (11)", ci în procesul de evaluare a eligibilității privind îndeplinirea cerințelor de calificare a ofertanților, a pus în aplicare întocmai prevederile OUG nr. 25/2021, care modifică Legea nr. 98/2016, și ordinul ANAP mai devreme menționat.

I. În ceea ce privește aspectele semnalate în completarea la contestație, autoritatea contractantă argumentează după cum urmează:

1) Față de expunerile contestatoarei cu privire la prevederile articolului 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, ce vizează obligația autorității de a anula procedura de atribuire dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, ... își menține punctul de vedere, respectiv că a desfășurat

procedura de achiziție și a realizat evaluarea ofertei respectând legislația achizițiilor publice în vigoare și prevederile caietului de sarcini;

În Față de expunerile contestatoarei cu privire la faptul că oferta ... este neconformă, întrucât au fost încălcate cerințe clare și imperative ale caietului de sarcini, iar trenul ofertat este un tren regional, autoritatea precizează că aceste afirmații sunt tendențioase, fără fundament și au rolul de-a furniza informații eronate, care se bazează pe aprecieri proprii. Astfel, arată că în contextul în care chiar dacă contestatoarea ar fi cel mai mare producător de material rulant pe plan internațional, aceasta nu a realizat până în prezent niciun tren regional/inter-regional care să fie în operare pe liniile aparținând Uniunii Europene și, implicit, care să fie realizate după Standardele de Interoperabilitate (STI) aplicabile la nivelul Uniunii Europene și omologat de instituții abilitate din Uniunea Europeană.

În Respingeria ofertei ... -... a fost urmarea faptului că ofertantul nu a îndeplinit condițiile de eligibilitate prevăzute în Ordonanța de Urgență nr. 25/2021, în ceea ce privește modificarea definiției „operatorului economic” de la art.3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 și Ordinul ANAP nr. 549/22.04.2021, pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii).

... .., ca țară de origine în care este înregistrată, nu se regăsește în:

- Lista țărilor care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP);
- Lista țărilor terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;
- Lista țărilor terțe care sunt semnatare ale acordurilor internațional prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piață în domeniul achizițiilor publice.

Procedura de atribuire ce vizează atribuirea prezentului contract a fost lansată prin publicarea anunțului de participare CN.../03.04.2020, aplicabilă fiind Legea nr. 98/2016, actualizată prin Ordonanța de Urgență nr. 23/04.02.2020, pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra sistemului achizițiilor publice.

În conformitate cu art. 236 al Legii nr. 98/2016 și cu prevederile art. V, Ordonanței de Urgență nr. 25/2021, privind modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice procedurile de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se supun legislației în vigoare la data inițierii acestora.

Din dispozițiile celor două acte rezultă că legea care guvernează achizițiile publice este Legea nr. 98/2016, procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, iar Ordonanța de

urgență nr. 25/2021 modifică și completează art. 3 alineatul (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, după cum urmează:

„jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public or de drept privat, sau grup ori asocieri de astfel de persoane, inclusiv orice asocieri temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piața executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

(iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;

(iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;

(v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri Internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piață în domeniul achizițiilor publice”;

Contrar celor susținute de contestatoare, autoritatea precizează că prin O.U.G. nr. 25/2021 se modifică și completează unele acte normative în domeniul achizițiilor publice, printre acestea aflându-se și Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în baza căreia autoritatea realizează procedurile de achiziție, aceasta nefiind un act normativ care să se poate aplica de sine-stătător. Astfel, consideră că legea mai sus menționată trebuie aplicată cu modificările și completările ulterioare, contrar celor afirmate prin contestație.

În opinia autorității contractante, chiar dacă OUG nr. 25/2021 a apărut la 1 an distanță de la momentul publicării anunțului de participare, aplicabilitatea acesteia se referă în mod clar la faptul că ofertele care sunt depuse la data intrării în vigoare a OUG 25/2021 (MO nr. 346/05.04.2021), se supun legislației în vigoare la data inițierii procedurilor de atribuire. Având în vedere că termenul limită de depunere al ofertelor în cadrul procedurii CN.../03.04.2020 a fost 19.04.2021, după publicarea în Monitorul Oficial în 05.04.2021 și astfel intrarea în vigoare a OUG nr.25/2021, ofertele depuse se supun prevederilor Legii nr. 98/2016, modificată și completată prin OUG nr. 25/2021.

Așadar, nu se poate vorbi de încălcarea principiului neretroactivității legii, întrucât OUG nr. 25/2021 face o delimitare clară în ceea ce privește aplicabilitatea ordonanței prin raportare la momentul depunerii ofertelor. La data intrării în vigoare a OUG 25/2021, respectiv 05.04.2021, ofertele nu erau depuse, acestea putând fi vizualizate de comisia de evaluare după expirarea termenului de depunere de

19.04.2021, ora 15:00, fiind evidentă particularitatea OUG nr. 25/2021, prin faptul că prevederea privind aplicabilitatea face referire la momentul depunerii ofertei, astfel că potențialii participanți trebuiau să aibă în vedere modificările legislative în vigoare.

Drept urmare, ofertanții care au depus ofertă la data de 19.04.2021, respectiv și Asocierea - ..., au fost supuși analizei privind eligibilitatea acestora ca operatori economici, avându-se în vedere următoarele precizări:

i. în conformitate cu OUG nr. 25/2021, art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, se modifică și va avea următorul cuprins: „Art. 53 (1) Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)”;

ii) în conformitate cu OUG nr. 25/2021, la art. 53 din Legea nr. 98/2016, după alineatul (1) se introduce un nou alineat, alin (1¹) cu următorul cuprins: „(1¹) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice persoană fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual/ofertant asociat/ candidat/terț susținător/subcontractant, care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj), fără a mai fi necesară verificarea încadrării în prevederile art. 164, 165 și 167”.

Decizia privind admiterea uneia dintre oferte (... ..), și respectiv respingerea celeilalte oferte (... ..-...) a fost consemnată în PV nr. 22/224/ 20.05.2021 al ședinței de finalizare a verificării garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl/le însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare.

Așadar, decizia a fost luată după publicarea în Monitorul Oficial a Ordinului ANAP nr. 549/22.04.2021 pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pet. (iii).

PV nr. 22/224/20.05.2021 este menționat ca etapă procedurală în raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021, iar pentru acest proces verbal ANAP a emis Aviz Conform Necondiționat (ACN) nr. 15986/10035/24.05.2021.

Drept urmare, ... consideră că și-a fundamentat deciziile pe prevederile legislației achizițiilor publice și cu respectarea cadrului legal stabilit de aceasta.

Autoritatea contractantă solicită observarea faptului că documentele solicitate a fi consultate de ofertantul sunt post-factum excluderii sale din data de 20.05.2021, ca operator economic neeligibil pentru a participa la prezenta procedură.

II. Referitor la critica din contestație ce vizează faptul că oferta ... este neconformă, întrucât nu îndeplinește standardul EN 13129:2017, prevăzut în caietul de sarcini, autoritatea susține că documentele de referință sunt prezentate la punctul 1 din acesta, respectiv sunt

prezentate reglementările și normele tehnice feroviare obligatorii, care trebuie respectate pe parcursul derulării contractului.

La punctul 2 este prezentată lista cu standardele, fișele UIC, prescripțiile tehnice relevante, de bază, pentru a fi utilizate în realizarea, punerea în funcțiune, exploatarea și mentenanța RE-IR.

La finalul punctului 1.1, autoritatea contractantă a prevăzut posibilitatea de a accepta și metode/soluții echivalente cu cele stabilite de standardele menționate în listă, cu mențiunea că ofertantul va demonstra, în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că metodele și soluțiile propuse îndeplinesc, într-un mod echivalent cu respectarea standardului/standardelor, cerințele definite prin specificațiile tehnice și performanțele aferente, inclusiv, dacă există, cerințele de performanță stabilite în standardele respective.

Pe parcursul analizei ofertei tehnice a ... s-a constatat că ofertantul propune ca pentru instalația de climatizare din salonul călătorilor să se utilizeze standardul SR EN 14750, în loc de standardul SR EN 13129.

Pentru motivarea propunerii, conform cerințelor caietului de sarcini, s-a solicitat ofertantului să prezinte justificările necesare, iar acesta a prezentat motivarea și justificările pentru care a propus utilizarea standardului (SR) EN 14750 în locul standardului (SR) EN 13129.

Motivele pentru care s-a considerat că cerința caietului de sarcini este îndeplinită sunt următoarele:

- Ofertantul a demonstrat că prin aplicarea standardului (SR) EN 14750, în locul standardului (SR) EN 13129 nu se modifică performanțele în ceea ce privește climatizarea zonelor destinate călătorilor.

Astfel prin utilizarea unei instalații de climatizare proiectate având ca referință standardul (SR) EN 14750:

- (i) nu se modifică performanțele în ceea ce privește temperatura din interiorul vagonului (aceasta putând fi setată fie automat la o anumită valoare prin softul instalației, fie prin setarea unei valori de către mecanicul trenului), iar timpii în care instalația trebuie să ajungă la anumite temperaturi stabilite pentru condițiile defavorabile sunt precizați clar în cuprinsul caietului de sarcini (3.12.1),

- (ii) din punct de vedere al menținerii temperaturii setate, instalația de climatizare este mai performantă, deoarece proiectarea prin raportare la (SR) EN 14750 implică luarea în considerare a unor schimburi de aer mai dese între vagon și exterior (aportul de aer din exterior fiind de fapt principalul factor care influențează valoarea temperaturii din interior) specifice trenurilor cu opriri mai dese și a unui număr de persoane mai mare care pot utiliza RE-IR, respectiv și a persoanelor care pot călători în picioare.

- În caietul de sarcini, la punctul 3.12.1, s-a indicat că valorile nominale ale vitezei aerului din salon, în funcție de temperatura aerului din incintă, trebuie să fie în conformitate cu EN14750-1 pentru toate nivelurile și zonele destinate călătorilor.

- Ofertantul a prezentat o listă cu proiecte deja realizate la care s-a utilizat pentru proiectarea sistemului de climatizare standardul (SR) EN 14750, trenuri aflate în operare pe linii ale Uniunii Europene, omologate corespunzător normelor impuse de STI aplicabile la nivelul Uniunii Europene.

III. Referitor la critica din contestație ce vizează faptul că oferta ... este neconformă, întrucât nu respectă indicele de calitate de funcționare, aspectele prezentate de contestatoare sunt speculative, întrucât în acord cu cerința caietului de sarcini, punctul 1.2.1.5. Calitatea de funcționare, 1. Confort: conform UIC 513, EN 12299: $N < 2$, în cadrul ofertei tehnice depuse, la pag. 44/930 - 1.10.2 - Confortul Călătoriei (adică valoarea indicelui standard de confort NMV) se menționează că va fi între 1,5 și 2,5, iar urmare a răspunsului ... la solicitarea de clarificare, se aduc precizări suplimentare și se indică că valoarea indicelui de confort NMV < 2 .

Autoritatea contractantă precizează că motivele pentru care s-a considerat că cerința caietului de sarcini este îndeplinită sunt următoarele:

- la momentul depunerii ofertei tehnice, valoarea indicelui NMV este una teoretică, declarativă (bazată pe valorile obținute anterior), datorită faptului că RE-IR care se achiziționează nu este un produs de raft, ci este un produs nou, care se proiectează/realizează în baza cerințelor caietului de sarcini și a experienței furnizorului;

- ofertantul a prezentat valorile obținute pentru NMV, la testele efectuate pe mai multe rețele feroviare din Europa, valori care într-un procent de min. 95% au fost mai mici decât valoare impusă (2);

- ofertantul și-a asumat respectarea valorii impuse pentru indicele de confort prin caietul de sarcini, valoare care va fi verificată efectiv pe parcursul testelor de omologare.

IV. Referitor la critica ce vizează faptul că natura de tren regional a trenului ofertat de ... determină apariția a multiple alte neconformități, respectiv că ... ofertează un alt tip de tren decât prevede CDS, autoritatea contractantă arată aspectele prezentate referitoare la faptul că trenurile ofertate de ... au o configurație tehnică specifică trenurilor de distanțe scurte este interpretarea contestatoarei și nu este susținută de oferta tehnică a ..., ofertă care respectă cerințele caietului de sarcini.

Cu privire la aspectele prezentate în contestație cu privire la viteza cu care trebuie să circule, autoritatea menționează că acestea sunt tendențioase, în contextul în care cerința caietului de sarcini de la punctul 3.1.1.1 Pantograf, respectiv că este impusă cerința ca ambele pantografe să poată fi ridicate la comanda mecanicului, cu răspunderea acestuia, este respectată, cu precizarea că această cerință nu a impus ca circulația RE-IR să se realizeze cu viteza maximă de 160 km/h. În contextul în care circulația RE-IR cu ambele pantografe ridicate nu este un mod de operare uzual, fiind utilizat în exploatare în situațiile în care

sunt condiții meteo extreme și firul aerian de contact este acoperit cu gheață, nu s-a impus ca viteza de circulație pentru această situație să fie de 160 km/h, motiv pentru care în cuprinsul solicitării de clarificare, autoritatea contractantă a solicitat și comunicarea vitezei maxime de deplasare a RE- IR.

Cu privire la faptul că ... și-a completat oferta adăugând o serie de scheme pneumatice ale frânei prin intermediul răspunsurilor la Solicitarea nr. 6, din cuprinsul solicitării de clarificări cu nr. de înregistrare 22/264/01.07.2021, autoritatea precizează că ofertantul nu a modificat nicio schemă din cuprinsul ofertei, a transmis aceleași scheme, având explicațiile (explicațiile se referă la denumirea componentelor schemelor pneumatice), în limba română.

Având în vedere cele de mai sus, consideră ca neîntemeiat punctul de vedere depus de asocierea celor doi ofertanți, raportat la faptul că autoritatea contractantă a respectat legislația achizițiilor publice și prevederile caietului de sarcini la evaluarea ofertei declarate câștigătoare, pe cale de consecință se impune respingerea solicitările acesteia ca nefondate.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN.../03.04.2020, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 1.311.698.701 și 3.714.279.851 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”.

Potrivit procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 22/187/19.04.2021, au depus oferte 2 operatori economici, respectiv contestatoarea Asocierea ... - SC ... SA și intervenienta ...

Conform raportului final al procedurii nr. 22/410/28.10.2021, oferta depusă de Asocierea ... - SC ... SA a fost exclusă de la procedură, în temeiul art. 53 alin. (1¹) din Legea nr. 98/2016, așa cum a fost modificată și completată prin OUG nr. 25/2021, întrucât liderul asocierii, ..., nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu Ordinul ANAP nr. 549/2021, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de ..., cu un preț de 1.309.065.880 lei, fără TVA.

Împotriva acestui rezultat, Asocierea ... - SC ... SA a formulat contestația datată 11.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59206/12.11.2021, prin care critică

respingerea ofertei sale, solicitând și repunerea în termenul de contestare cu privire la evaluarea ofertei

În urma accesului la dosarul cauzei, Asocierea - SC ... SA a transmis adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 66721/22.12.2021, prin care formulează critici împotriva ofertei, adresă pe care Consiliul a catalogat-o ca fiind o nouă contestație, constituindu-se dosarul CNSC nr. ..., solicitând în acest sens depunerea cauțiunii aferente.

Pentru cele două contestații depuse, Asocierea - SC ... SA a transmis dovada constituirii cauțiunilor, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei pentru fiecare contestație, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumelor respective, conform recipiselor de consemnare nr. ... și ..., sumele fiind consemnate la dispoziția Consiliului pentru contestațiile formulate împotriva raportului procedurii nr. 22/410/28.10.2021 și respectiv, aferentă dosarului nr.

Cauțiunile constituite se vor restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 611 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva primei contestații a depus cerere de intervenție, câștigătoarea procedurii.

Având în vedere faptul că, în calitate de câștigătoare a procedurii în analiză, are interesul a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă, în forma lor actuală, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de

Prin prima contestație, Asocierea - SC ... SA critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale.

Asocierea contestatoare invocă faptul că actul normativ în baza căruia a fost luată decizia respingerii ofertei sale este inaplicabil în speță, autoritatea contractantă aplicând o lege nouă unei proceduri inițiate sub un alt temei legal.

Astfel, contestatoarea susține că în data de 03.04.2020, când a fost inițiată procedura de față erau aplicabile prevederile Legii nr. 98/2016 în forma modificată prin OUG nr. 23/2020, iar actul de excludere a ofertei sale a fost întemeiat pe prevederile OUG nr. 25/2021, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 346/05.04.2021, respectiv la un an de la debutul procedurii. În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a aplicat o lege retroactiv unei proceduri deja inițiate, ceea ce contravine constituției și dreptului Uniunii Europene. Astfel, contestatoarea susține că trebuiau aplicate prevederile art. 236 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „Art. 236. - (1) Prezenta lege se aplică procedurilor de atribuire inițiate după data intrării sale în vigoare.

(2) Procedurilor de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei legi li se aplică legea în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire.

(3) Prezenta lege se aplică contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru încheiate după data intrării sale în vigoare.”

Autoritatea contractantă și intervenienta susțin că în cadrul procesului de evaluare a ofertei Asocierii ... - SC ... SA au fost aplicate în mod corect prevederile Legii nr. 98/2021, așa cum au fost modificate prin OUG nr. 25/2021, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 346 din 05 aprilie 2021.

Consiliul reține că societatea contestatoare are posibilitatea invocării excepției de neconstituționalitate în fața instanței de judecată și nu în fața CNSC.

În soluționare, Consiliul are în vedere modificările Legii nr. 98/2016 în urma OUG nr. 25/2021:

«Art. I. - Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 390 din 23 mai 2016, cu modificările și completările ulterioare, se modifică și se completează după cum urmează:

1. La articolul 3 alineatul (1), litera jj) se modifică și va avea următorul cuprins:

„jj) operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

(iii) țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;

(iv) țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;

(v) țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice;"

2. Articolul 49 se modifică și va avea următorul cuprins:

"Art. 49. - (1) Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

(2) În măsura în care intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la AAP și a celorlalte acorduri internaționale care prevăd obligații în sarcina Uniunii Europene, autoritățile contractante acordă lucrărilor, produselor, serviciilor și operatorilor economici ai semnatarilor acestor acorduri un tratament egal cu cel acordat lucrărilor, produselor, serviciilor și operatorilor economici din Uniunea Europeană."

3. La articolul 53, alineatul (1) se modifică și va avea următorul cuprins:

"Art. 53. - (1) Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/**ofertant asociat**/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)."

4. La articolul 53, după alineatul (1) se introduce un nou alineat, alineatul (1¹), cu următorul cuprins:

"(1¹) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice persoană fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual/**ofertant asociat**/candidat/terț susținător/subcontractant, care nu se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj), fără a mai fi necesară verificarea încadrării în prevederile art. 164, 165 și 167."

Totodată OUG nr. 25/2021 mai prevede următoarele:

« Art. IV. - (1) În termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, prin ordin comun al ministrului economiei, antreprenoriatului și turismului și al președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, se aprobă lista țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii) - (v) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și

completările ulterioare, art. 3 alin. (1) lit. ii) pct. (iii) - (v) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, și art. 5 alin. (1) lit. x) pct. (iii) - (v) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

Art. V. - Procedurile de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență se supun legislației în vigoare la data inițierii acestora.”

Prin urmare, chiar dacă art. 236 din Legea nr. 98/2016 prevede că legea aplicabilă procedurii este legea din momentul demarării acesteia, OUG nr. 25/2016 prevede că, în mod excepțional, această ordonanță se aplică și pentru procedurile inițiate, în măsura în care s-au depus ofertele. Deci, dispoziția specială este clară, neputându-se aplica dispoziția tranzitorie de la momentul adoptării Legii nr. 98/2016.

Totodată, din lista țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii) - (v) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prevăzută în anexa la Ordinul nr. 300/549/2021, emis de Ministerul Economiei, Antreprenoriatului și Turismului și Agenția Națională pentru Achiziții Publice nu figurează și ..., țară în care are sediul, liderul Asocierii - SC ... SA.

Având în vedere faptul că, potrivit acordului de asociere, asociatul, cu o cotă de participare la asociere de 80%, are sediul în ..., țară care nu îndeplinește niciuna din condițiile punctelor (i) – (v) ale art. 3 alin. (1), lit. jj) din Legea nr. 98/2016, iar Asocierea - SC ... SA a depus documentele ofertei la data limită, respectiv 19.04.2021 (relevante în acest sens fiind data salvării DUAE: - 19.04.2021, SC ... SA – 19.04.2021), deci după intrarea în vigoare a modificărilor induse de OUG nr. 25/2021, respectiv 05.04.2021, rezultă că nu avea dreptul la acea dată de a participa la o procedură de achiziții publice în România, neîndeplinind cerințele art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2021 în forma în vigoare la data depunerii ofertei de către Asocierea - SC ... SA.

Consiliul nu va reține susținerile contestatoarei referitoare la aplicarea retroactivă a legii, întrucât modificările și completările Legii nr. 98/2016, introduse prin OUG nr. 25/2021, au intrat în vigoare de la data publicării OUG nr. 25/2021 în Monitorul Oficial, respectiv de la data de 05

aprilie 2021, iar aceasta precizează la art. V că doar procedurile de atribuire în cadrul cărora operatorii economici au depus oferte la data intrării în vigoare a OUG nr. 25/2021 se supun legislației în vigoare la data inițierii acestora. Per a contrario, procedurile de atribuire pentru care nu au fost depuse ofertele la data intrării în vigoare a OUG nr. 25/2021 se vor supune prevederilor acestei ordonanțe de urgență.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a aplicat în mod corect prevederile OUG nr. 25/2021, respingând oferta Asocierii ... - SC ... SA, motiv pentru care, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocierea ... - ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă,

În consecință, în temeiul art. 66 din Codul de Procedură Civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ...

În ceea ce privește considerarea drept o nouă contestație a adresei înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021, Consiliul a avut în vedere următoarele:

- Prin adresa din data de 08.11.2021, ... a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice;

- Cu adresa nr. 22/441/09.11.2021, autoritatea contractantă a răspuns, comunicând faptul că oferta depusă de ... a fost declarată confidențială, motiv pentru care nu-i poate pune la dispoziție documentele solicitate; autoritatea contractantă transmite, totodată contestatoarei raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021;

- Prin contestația formulată, ... a solicitat Consiliului accesul la dosarul cauzei, inclusiv la oferta depusă de ... și, totodată, repunerea în termenul de contestare cu privire la oferta depusă de ...;

- Consiliul a permis ... accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice, inclusiv la documentele ofertei depusă de ... În luarea acestei decizii, Consiliul a avut în vedere următoarele prevederi ale art. 57 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu

dezvăluie informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. **Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.**

(4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. **Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)."**

Consiliul constată că, prin formularul de ofertă, precizează că părțile/informațiile din propunerea tehnică și din propunerea financiară prezentate au caracter confidențial pentru a nu prejudicia interesele sale legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, fără a se depune vreun document pentru probarea confidențialității acestor documente.

În această situație, Consiliul a făcut aplicarea normelor legale mai sus citate și a permis accesul petentei la documentele ofertei

- În urma studiului dosarului achiziției publice la Consiliu, a depus adresa înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021,

- Consiliul are în vedere că procedura de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice nu prevede „repunerea în termen”, solicitată prin contestația inițială. Totodată reține că autoritatea contractantă nu a permis, în mod nejustificat, accesul contestatoarei la documentele aflate la dosarul achiziției și ale ofertei, fiind încălcat, astfel, dreptul la apărare al contestatoarei, unul din principiile de bază după care se desfășoară procedura de soluționare a contestațiilor, prevăzut la art. 15 din Legea nr. 101/201: „(1) Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu

respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, **asigurării dreptului la apărare**, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale”].

Încălcându-i-se acest drept, ofertanta a fost lipsită de șansa formulării unei contestații împotriva ofertei câștigătoare, astfel încât încadrarea adresei înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021, ca fiind „concluzii scrise” și respingerea acestora, ca inadmisibile, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, ar însemna sancționarea, în continuare, a contestatoarei pentru o culpă de care nu-i aparține.

În această situație, pentru respectarea principiului dreptului la apărare al ofertantei, prin nota nr. 3/04.01.2022, Consiliul a stabilit că adresa înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021 reprezintă o nouă contestație, care face obiectul dosarului nr.

Consiliul a comunicat despre aceasta contestatoarei, solicitându-i depunerea cauțiunii aferente acestei noi contestații, ceea ce a făcut în data de 07.01.2021, demers în urma căruia, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre constituirea dosarului nr. ..., aferent contestației formulată de prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021, amintindu-i și de obligația publicării în SEAP a acestui document (contestație).

Autoritatea contractantă a publicat în SEAP această nouă contestație abia în data de 12.01.2022.

Potrivit art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, avea dreptul de a depune cerere de intervenție față de noua contestație în termen de 10 zile de la publicarea contestației în SEAP, ultima zi a acestui termen fiind data de marți 25.01.2021. Consiliul nu putea soluționa contestația înainte de expirarea termenului legal de depunere a cererii de intervenție, întrucât nu ar fi respectat principiile contradictorialității și dreptului la apărare al

În acest sens, a reținut și Curtea de Apel ... în Decizia nr. 851/2021, pronunțată de în data de 24.09.2021, potrivit căreia:

«În primul rând, raportat la nulitatea deciziei CNSC invocată de către petentă ca urmare a încălcării principiului contradictorialității și dreptului la apărare, Curtea constată că este fondată.

Astfel, potrivit art. 15 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, (1) Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale.

În mod indubitabil, prin omisiunea autorității contractante de a publica în SEAP contestația depusă de către intimata C_____ C_____ C_____ C_ și prin soluționarea contestației fără posibilitatea petentei de a interveni în acest litigiu s-a produs o vătămare acesteia din urmă care nu poate fi remediată decât prin anularea deciziei CNSC atacate.

Curtea reține că publicarea contestației în SEAP este o obligație în sarcina autorității contractante expres prevăzută de art. 16 alin. 2 din Legea 101/2016, neputând fi înlocuită de publicarea ulterioară a unei „Note justificative prelungire evaluare oferte”, care cuprinde doar o mențiune referitoare la contestația formulată de către intimată, nicidecum contestația propriu-zisă.

Privarea petentei de posibilitatea de a interveni în fața CNSC pentru a formula propriile apărări față de argumentele invocate prin contestație de către intimată constituie o încălcare flagrantă a principiilor contradictorialității și dreptului la apărare, încălcare sancționată cu nulitate, motiv pentru care Curtea va admite plângerea formulată de petenta B____ B____ Service SRL în contradictoriu cu intimații UAT A____ A____ și C_____ C_____ C_____ C_, urmând a desființa Decizia nr. 1875/C4/1872 din data de 24.08.2021 emisă de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, cu reținerea cauzei spre judecare pe fond.»

În continuare, Consiliul va analiza în ce măsură s-ar mai justifica interesul Asocierii compusă din și din SC ... SA de a acționa în această procedură sau admisibilitatea criticilor raportat la oferta contracandidatului declarat admisibil și câștigător, respectiv

În ceea ce privește interesul, se observă că dispozițiile relevante ale Legii nr. 101/2016, sunt:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispune în sensul că „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a

interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi";

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, unde se arată că „în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;

și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire";

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, unde se prevede că: „(3) în sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

Or, în această ultimă ipoteză se află ambele membre ale asocierii contestatoare, după cum s-a arătat mai sus.

Dar, lecturând hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-131/16 Archus și Gama, Consiliul reține că:

„Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă

parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celui alt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice. Într-o asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală — în

care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt —, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice”.

Văzând, aşadar, considerentele ce au stat la baza adoptării acesteia și împrejurarea că în cauza a mai rămas ofertantul, dar a cărei ofertă a fost contestată, fiind posibilă situația de excludere și a ofertei acestora ca inacceptabilă sau neconformă, cu consecința anulării întregii proceduri de către autoritatea contractantă, caracterul obligatoriu al hotărârilor CJUE în dreptul român, consacrat prin dispozițiile art. 148 alin. 2 și 4 din Constituție, Consiliul reține, astfel, că, din această perspectivă, contestatoarea are interes în analiza acestei oferte.

Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 67221/24.12.2022.

Referitor la excepția tardivității noii contestații, Consiliul reține că, așa cum rezultă din documentele dosarelor cauzei, Asocierea - ... SA a vut acces la dosarul cauzei la Consiliu în data de 13.12.2021 și a depus noua contestație în data de 22.12.2021, respectiv în termenul de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Pentru aceste motive, Consiliul va respinge această excepție.

Pe fondul noii contestații, criticile formulate de Asocierea cu privire la oferta depusă de vizează în principal, faptul că a fost ofertat un altfel de tren decât cel prevăzut în caietul de sarcini, respectiv a ofertat un tren care are natura unui tren regional (de scurt parcurs) și nu a unui tren inter-regional (de lung parcurs).

Prima critică punctuală formulată de contestatoarea Asocierea - ... SA vizează faptul că, în ceea ce privește instalația de aer condiționat, trenul ofertat de nu respectă standardul indicat în caietul de sarcini, respectiv SR EN 13129:2017, standard aferent unui tren de lung parcurs, ci standardul SR EN 14750:2017, aferent un tren de scurt parcurs.

În soluționare, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale caietului de sarcini:

„2. Lista următoare include standardele, fișele UIC, prescripțiile tehnice relevante, de bază pentru a fi utilizate pentru realizarea, punerea în funcțiune, exploatarea și mentenanța RE-IR.

3. Ediția standardelor este cea în vigoare la data publicării anunțului de participare la procedura de achiziție, inclusiv addendumurile/anexele la standarde.

SR EN 13129:2017 Aplicații feroviare. Aer condiționat pentru material rulant de lung parcurs. Parametri de confort și încercări de tip.” (pag. 14/119)

„În tot cuprinsul prezentului caiet de sarcini, inclusiv toate anexele și toate documentele atașate, se va considera că fiecare referire la orice standard, inclusiv standard internațional, standard european, standard național, fișe UIC, etc, este însoțită de mențiunea "sau echivalent".

Prevederea de mai sus nu se aplică în cazul standardelor a căror respectare este obligatorie în conformitate cu legislația europeană și/sau națională, cum ar fi Regulamentele Europene menționate mai sus, Directiva 2008/57/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind interoperabilitatea sistemului feroviar în Comunitate și actele adoptate în implementarea acesteia.

În cazul în care un standard stabilește cerințe de performanță, nu va fi acceptat vreun echivalent la acele cerințe de performanță.

În cazul în care ofertantul își propune să adopte metode sau soluții echivalente cu cele stabilite de standardele menționate, ofertantul va demonstra, în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, că metodele și soluțiile propuse îndeplinesc, într-un mod echivalent cu respectarea standardului / standardelor, cerințele definite prin specificațiile tehnice și performanțele aferente, inclusiv, dacă există, cerințele de performanță stabilite în standardele respective.” (pag. 24 -25)

„3.12.1 Încălzirea și aerul condiționat în salonul călătorilor

1. Această facilitate va îndeplini condițiile de confort cerute de UIC 553, UIC 553-1, **SR EN 13129-1, SR EN 13129-2.**

2. Valorile nominale ale vitezei aerului din salon, în funcție de temperatura aerului din incintă, trebuie să fie în conformitate cu **EN14750-1** pentru toate nivelurile și zonele destinate călătorilor.

Devierile temporare față de valorile nominale sunt permise dacă debitul de volum al aerului de alimentare este controlat conform cerințelor, în funcție de gradul de ocupare.

3. Fiecare unitate de climatizare va prelua aerul proaspăt de la partea superioară a vagonului, îl va trece printr-un filtru, după care aerul va fi încălzit/răcit în funcție de regimul de funcționare al instalației și apoi distribuit în salon printr-o tubulatură a aerului de-a lungul întregului vagon.

4. Distribuția aerului va fi cât mai uniformă, iar viteza aerului refulat va fi direcționată astfel încât să se evite formarea curenților de aer care să creeze disconfort călătorilor.

5. Cu ușile RE-IR închise, sistemul de climatizare trebuie să asigure circulația interioară a aerului, cu o distribuție cât mai uniformă și fără curenți de aer intensi care să creeze disconfort. Sistemul de climatizare nu trebuie să creeze variații de presiune.

6. ...le vor fi prevăzute cu grile pentru a permite eliminarea aerului și evitarea suprapresiunilor, suprapresiunea maximă admisibilă în interiorul ...lor este de 60 Pa.

7. Sistemul de climatizare va fi astfel conceput încât să permită funcționarea în regim degradat cu o unitate de ventilație defectă.

8. Va fi prevăzut un sistem automat de reglare a vitezei aerului în compartimentul călătorilor în funcție de încărcarea vagonului. Reglarea automată se va face individual pentru fiecare vagon. Se va prevedea și posibilitatea mecanicului de a regla viteza și temperatura aerului.

9. Condiționarea (încălzirea/răcirea) aerului în salonul călătorilor va porni automat când trenul și cabina sunt activate și există alimentare cu energie. Dacă cabina este dezactivată pentru schimbarea sensului de mers instalația de climatizare nu se va opri.

10. Sistemul de climatizare (încălzire și răcire) trebuie să asigure cel puțin următoarele moduri de funcționare:

- condiționare (încălzire și răcire),*
- funcționare normală,*

- *snoozing mode*: menținerea temperaturii interioare la o valoare predefinită (ex: +10°C iarna și +30°C vara), cu sursa de alimentare existentă,

- funcționare cu alimentare externă,

- oprire de urgență.

11. La temperatura minimă externă pentru zonele climatice din România, temperatura internă medie $\geq$ cu + 22°C, în cazul serviciului comercial fără călători și radiații solare.

12. La temperatura maximă exterioară pentru zonele climatice din România, temperatura medie interioară trebuie să fie egală cu setarea normală a temperaturii interioare cu toate scaunele ocupate și în condiții de radiație solară maximă.

13. Instalația de climatizare trebuie dimensionată astfel încât coeficientul mediu de transmitere a căldurii să nu depășească o valoare de 2,5 W/m²K, conform SR EN 13129-1.

14. Sistemul de climatizare la prima activare zilnică a unității RE-IR (la punerea în serviciu) trebuie să asigure preîncălzirea (minim +18°C)/prerăcirea (maxim +27°C) salonului de călători în maximum 60 min în condițiile cele mai defavorabile (-30°C, +40°C). (pag 52-53/120)

Consiliul constată că în propunerea sa tehnică, a prevăzut următoarele:

„2.13 Sistemul de climatizare

2.13.1 Descrierea sistemului HVAC în compartimentul pentru călători

Climatizarea compartimentului pentru călători, inclusiv holuri și platforme, este obținută prin intermediul sistemelor individuale HVAC monobloc pentru fiecare vehicul, plasate pe acoperișul vagonului. Sistemul de climatizare **respectă standardul EN14750**, zona climatică România, care definește parametrii confortului călătorilor prin definirea temperaturilor și umidității interne, gradientilor termici, vitezei aerului.

Grupul aspiră aerul care trebuie reîmprospătat și reciclat, care apoi este filtrat, tratat (încălzit sau răcit), în funcție de temperatura

compartimentului și distribuit în interiorul compartimentului printr-un sistem de difuzie aflat deasupra ferestrelor.

Distribuția aerului în interiorul compartimentului este construită astfel încât să atingă gradientele de temperatură și debitul de aer cerute **de standardul EN 14750**.

EN 13129:2017 nu se aplică. EN 14750 este aplicabil și va fi luat drept referință, conformitatea acestuia fiind confirmată pe trenurile ... în operare comercială în Europa. UIC 553 este echivalent cu EN 13129:2017.

Parametrii de confort sunt garantați cu ușile închise, iar sistemul de climatizare nu generează variații de presiune.

Un sistem de evacuare, care include grile reglabile, permite reglarea și controlul presurizării interiorului compartimentului: mai puțin de 60 Pa. Evacuarea aerului este concepută pentru a nu genera disconfort.

Sistemul de răcire se bazează pe ciclul de comprimare a vaporilor, cu utilizarea agentului frigorific din familia de amestecuri HFC-HFO (în conformitate cu directivele europene în domeniul fluidelor refrigerante). (...)

Sistemul de climatizare împreună cu celelalte sisteme ale trenului, nu generează, în niciun mod de funcționare, un nivel acustic peste 68 dBA.

Dimensionarea componentelor a fost efectuată în următoarele condiții:

Unitatea HVAC poate funcționa fără blocaje în intervalul de temperatură externă între -30°C și +40°C, pentru temperaturile de referință din **EN14750** sunt respectați toți parametrii de confort.

Performanțele grupului HVAC sunt:

- capacitate de răcire de 40 kW cu alimentare 400Vca / 50Hz cu condiții externe de 40°C / 40%
- 32 kW putere de încălzire obținută prin două etape de rezistențe ventilate cu alimentare electrică

(...)

Pentru a valida sistemul HVAC, sunt prevăzute teste TL1 în conformitate cu **EN14750-2.**"

Prin urmare, în propunerea sa tehnică, precizează că sistemul de climatizare respectă prevederile standardului EN14750-2 și nu pe cele ale EN 13129:2017.

În această situație, prin adresa nr. 22/255/22.06.2021 (întrebarea 14), autoritatea contractantă a solicitat să explice motivele pentru care nu a utilizat standardul *SR EN 13129: Aplicații feroviare. Aer condiționat pentru material rulant de lung parcurs. Parametri de confort si încercări de tip*, la care contestatoarea a răspuns astfel:

„Norma EN14750 se aplică atunci când durata medie a călătoriei pasagerilor este mai mică de 1 oră, iar performanța HVAC trebuie evaluată numărând, atât pasagerii în picioare, cât și pasagerii pe scaune (conform cerințelor normei). Acesta este un scenariu tipic pentru un tren regional și nu pentru un tren de cursă lungă, care este dimensionat cu EN 13129.

În fapt, conform EN 13129 performanța HVAC trebuie să țină cont numai de pasagerii care stau așezați (conform cerințelor normei).

... aplică întotdeauna EN14750 pentru trenurile regionale care asigură un confort mai bun pentru pasageri."

Cu adresa nr. 22/264/01.07.2021 (întrebarea 1), autoritatea contractantă a solicitat să descrie sub formă tabelară avantajele/dezavantajele obținute prin utilizarea standardului EN 14750 în loc de EN13129 și, de asemenea, să prezinte, dovezi concrete de RE-IR aflate în exploatare, furnizate de, la care instalația de climatizare a fost dimensionată utilizând acest standard.

Cu adresa nr. 183/20.07.2021, a răspuns autorității contractante, precizând următoarele:

„Sugestia (din propunerea noastră tehnică) de a respecta EN 14750 ca standard care trebuie urmat pentru a proiecta unitatea de climatizare HVAC și pentru strategia de confort climatic derivă din (1) cerințele exprese ale caietului de sarcini, mai exact pe definiția de la capitolul 4 al acestui standard, acolo unde vehiculele de categorie A sunt definite după

cum urmează a se evidenția mai jos și din (2) experiența relevantă a ... în contracte similare. Astfel, se iau în calcul următoarele ipoteze:

- Densitatea pentru pasagerii în picioare $< 4 \text{ p/m}^2$;
- Durata medie a călătoriei $> 20 \text{ min}$
- Durata parcursului între doua opriri $> 3 \text{ min}$.

Astfel, în conformitate cu cerințele caietului de sarcini (Anexa nr. 8) și, presupunând că numărul de opriri intermediare va fi similar cu cele definite pe traseele menționate în anexele 6B1 și 6B2, am luat în considerare o durată medie a călătoriei între 2 stații mai mare de 20 minute. În consecință, trenul propus în oferta noastră se încadrează în categoria A, conform definiției oferite de standardului EN 14750.

Pe de altă parte, standardul EN 13129 este utilizat pentru trenuri de mare viteză, cu durate mari între două opriri, trenuri pentru care numărul de pasageri în picioare este neglijabil și nu este luat în considerare la calculul confortului termic.

Pentru definirea încărcării trenurilor de pasageri în funcție de viteza trenului și lungimea distanței între punctele de început și sfârșit al călătoriei, standardul EN 15663 precizează, în tabelul 8 (încărcarea pentru M-II, vehicule de pasageri altele decât trenuri de mare viteză și distanțe lungi), datele de proiectare de încărcare în condiții normale:

- Masa pasagerului 70 kg;
- Scaunele 100% ocupate;
- Sarcina în zonele în care pasagerii stau în picioare între 140 kg/m^2 și 420 kg/m^2 ;
- 300 kg/m^2 în compartimentul de bagaje.

Vă rugăm să remarcați faptul că aceste date de proiectare sunt similare cu cele din prezentul caiet de sarcini.

Ca atare, cele prezentate mai sus au condus la aplicarea (și) pentru acest proiect a standardului EN 14750, deja verificat în practică la următoarele contracte și proceduri de achiziție publică.

Răspunzând punctual întrebării de clarificare adresată nouă, prezentăm în cele ce urmează tabelul comparativ dintre cele două standarde, arătând faptul că standardul EN 14750 conferă o calitate sporită a confortului pasagerilor, reprezentând totodată și reglementarea relevantă pentru caracteristicile efective, concrete, ale trenurilor ce se dorește a fi achiziționate. Din prezentarea comparativă, sub formă tabelară, a informațiilor de mai jos rezultă și avantajele obținute de către autoritatea contractantă prin utilizarea standardului EN 14750 în condițiile date (așa cum, cel mai probabil, aceasta a și anticipat atunci când a menționat acest standard în documentația de atribuire)".

... .. prezintă, totodată, un tabel comparativ între standardele EN 13129 și EN 14750.

Potrivit acestui tabel, cu privire la modul de evaluare a performanțelor, standardul EN 14750 vizează pasagerii așezați pe scaune și în picioare, în timp ce standardul EN 13129 vizează doar pasagerii așezați pe scaune.

Concluzia acestei comparații este, în opinia, următoarea:

„Standardul EN 14750 implică o unitate HVAC mai puternică având în vedere faptul că ia în considerare și pasagerii în picioare. Modul de evaluare a performanțelor raportat la ambele categorii de pasageri oferă, evident, un foarte mare avantaj calității trenurilor oferite.”

O altă comparație vizează locul unde se face măsurarea: pentru standardul EN 14750, adică pe coridorul central al vagonului și în zona scaunelor, în timp ce standardul EN 13129 vizează doar zona scaunelor.

Concluzia ofertantei este: „În zona scaunelor EN 14750 necesită măsurători medii, atât pentru pasagerii în picioare, cât și pentru cei așezați, în timp ce EN 13129 este mai concentrat pe cei așezați, lăsând pasagerii în picioare într-o poziție nefavorabilă din punct de vedere al performanțelor instalației de climatizare.”

Referitor la gradientii de confort din compartimentele pentru pasageri, gama medie a temperaturilor interioare față de temperatura de

interior setată este de (+/- 1K) în cazul standardului EN 14750 și de (+/- 2K) în cazul standardului EN 13129 concluzia fiind: „Standardul 14750 permite o gamă mai largă de gradienti (temperatură/ viteză/ zgomot/etc.), în timp ce EN13129 este mai restrictiv, fiind utilizat de obicei pentru trenurile de mare viteză.

De asemenea, prezintă o listă cu țările în care a livrat sau urmează să livreze aceste rame.

Consiliul constată că în procesul-verbal nr. 22/229/22.07.2021, autoritatea contractantă a fost extrem de superficială, atunci când a analizat acest răspuns, consemnând doar: „Ofertantul prezintă avantajele obișnuite prin utilizarea standardului EN 14750, prin utilizarea în calculul puterii unității HVAC și a pasagerilor aflați în picioare și, totodată, prezintă o listă cu proiecte similare la care a utilizat același standard. În susținere se prezintă și rezultatele unor teste de funcționare, pentru instalația HVAC, rezultatele care demonstrează respectarea parametrilor impuși. Informațiile prezentate sunt suficiente”, Consiliul constată că evaluarea acestui răspuns a fost „conform”, fără a se face o analiză concretă a modului în care utilizarea standardului EN 14750 este similară sau superioară standardului EN 13129, cu atât mai mult cu cât, cel puțin concluzia ofertantului cu privire la gradientii de confort, ar merita o analiză mai aprofundată. Astfel, ar trebui analizat în ce măsură „o gamă mai largă de gradienti” este superioară unei game mai restrânse de gradienti. De asemenea această afirmație trebuie analizată și prin prisma valorii acestor gradienti prezentată în tabel de ofertant, care în cazul standardului EN 14750 are valoarea de 2K, iar în cazul standardului EN 13129 are valoarea mai mare, respectiv 4K.

În acest sens, Consiliul consideră că se impune o reevaluare a acestui răspuns, cu analizarea performanțelor ofertei raportat la prevederile caietului de sarcini și în ce măsură performanțele impuse de standardul EN 14750 sunt echivalente celor ale standardului EN 13129. Și în cazul în care se ajunge la concluzia că cele două standarde sunt echivalente trebuie analizată dacă poate fi acceptată această echivalență, în condițiile în care caietul de sarcini precizează: „În cazul în care un standard stabilește cerințe de performanță, **nu va fi acceptat vreun echivalent** la acele cerințe de performanță” (pag. 27).

O a doua critică vizează neîndeplinirea de către a cerinței din caietul de sarcini cu privire la indicele de confort, prevăzută la pct. 1.2.1.5 din caietul de sarcini, potrivit căruia: „1. Confort: conform UIC 513, EN 12299: N <2”.

Consiliul constată că la pag. 22/311 din documentul T_161_Documentatia_Tehnica_a_Trenului (pag. 44/930 din documentul Vol_2_Propunerea_Tehnica_a_Ofertantului_..._..._SpA), a prevăzut cu privire la îndeplinirea acestei cerințe, următoarele:

«1.10.2 Confortul călătoriei

Conform clasificării nivelului de confort stabilit de standardului internațional EN 12299, garnitura oferită va aparține categoriei "confortabile", adică valoarea indicelui standard de confort NMV va fi **între 1,5 și 2,5**, până la viteza maximă de 160 km/h și cu un nivel de neregularitate a căii ferate echivalente cu ERRI B176 Rp 1 "nivel scăzut".

Având în vedere că în oferta tehnică, a prevăzut depășirea valorii de 2 pentru indicele de confort, în mod corect, autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant să clarifice care este valoarea indicelui de confort, prin solicitarea de clarificare nr. 22/255/22.06.2021 (întrebarea nr. 6).

Cu adresa nr. 163/28.06.2021, a răspuns acestei solicitări de clarificare, astfel:

„Valoarea indicelui de confort al unității RE-IR va fi evaluată prin teste efectuate conform standardului EN 12299. Până la efectuarea acestora, ne putem baza pe rezultatele testelor trenurilor noastre regionale de referință ETR104 pentru Trenitalia și ICNG pentru Calea Ferată Olandeză, din care derivă garnitura RE-IR, în termeni de NMV, valoare maximă și medie.

Teste ICNG

Testele de confort conform EN 12299 ale garniturii de tren ICNG-5 au fost efectuate în 2019 pe rețeaua feroviară germană DB Netz, cu suspensia pneumatică umflată, fără pasageri. Testele au fost efectuate, atât pe o linie de mare viteză (între 200 și 250 km/h), cât și pe o linie regională, cu o viteză maximă a liniei de 160 km/h. Valoarea țintă pentru acest set de trenuri a fost $NMV \leq 2,3$. Din cele 252 de valori ale NMV evaluate, 247 au fost sub 2,0. În mijlocul vagonului, 99% din valori au fost sub 1,5. Cea mai mare valoare a fost de 2,04, pe ultimul boghiu al garniturii de tren.

Teste ETR 104

Testele în conformitate cu EN 12299 au fost efectuate pe ETR 104 002 pe rețeaua feroviară italiană RFI între Pisa și Orte în 2019, cu suspensia pneumatică umflată, fără pasageri, la viteza maximă de 160 km/h. Ținta a fost $NMV < 2,5$. În general, vehiculul testat a avut caracteristici de călătorie „confortabile” până la „foarte confortabile”. Din cele 744 de valori măsurate (12 puncte de măsurare pe garnitura de tren pentru patru ..., înmulțită cu 62 de măsurători), în 95% din cazuri

valoarea NMV a fost mai mică de 1,68, în timp ce valoarea maximă măsurată a fost de 2,14.

Același nivel de confort al trenurilor noastre de referință va fi atins și de către RE-IR, format din 6 De obicei, cea mai mare valoare NMV este măsurată pe ultimul boghiu. Menționăm faptul că o condiție foarte importantă pentru performanța crescută a acestui indice este calitatea liniilor de cale ferată care, pentru a atinge valori similare, trebuie să fie comparabilă cu cea a celor două rețele menționate anterior. În orice caz, rezultatele menționate mai sus ne fac să credem că RE-IR se va încadra în categoria „confortabilă” însă, în acest moment, fără a deține informații despre calitatea liniilor, nu este posibil să estimăm cu exactitate indicele maxim Nmv, altfel **decât asumându-ne valoarea Nmv < 2.**”

Consiliul constată că în mod corect, autoritatea contractantă a consemnat în procesul-verbal nr. 22/229/22.07.2021, că informațiile prezentate sunt suficiente și relevante.

În acest sens, Consiliul are în vedere că la momentul depunerii ofertei, valoarea indicelui NMV este una teoretică, declarativă, bazată pe valorile obținute anterior pe alte linii din alte țări.

Totodată, se achiziționează un produs nou, care se realizează pe baza cerințelor caietului de sarcini și care, evident, nu a fost testat până acum. În probațiune, ofertantul a prezentat valorile NMV obținute la testele efectuate pe mai multe rețele feroviare din Europa, valori care sunt în procent de peste 95% mai mici decât valoarea 2, în condițiile în care valoarea necesară era sub 2,3 sau 2,5.

Consiliul reține și faptul că ofertantul și-a asumat respectarea valorii indicelui de confort sub 2, iar această valoare va fi verificată efectiv pe parcursul testelor de omologare.

Pentru aceste motive, Consiliul va respinge, ca nefondată, această critică.

Referitor la faptul că, prin răspunsul nr. 171/07.07.2021, a precizat că în situația în care trenul va circula cu două pantografe ridicate, viteza maximă va fi de 120 km/h, și nu de 160 km/h, așa cum se prevede în caietul de sarcini, Consiliul are în vedere că cerința din caietul de sarcini a fost ca trenul să poată circula și cu două pantografe ridicate, neimpunându-se pentru acest tip de mers o anume viteză. Pe de altă parte, circulația cu ambele pantografe ridicate nu este un mod uzual de circulație a trenurilor, ci este un mod de exploatare în condiții

meteo excepționale, când firul aerian de contact este acoperit cu gheață, când nu se impune, din motive de siguranță, circulația cu viteza de 160 km/h, motiv pentru care autoritatea contractantă a considerat că în aceste condiții o viteză maximă de 120 km/h este suficientă. Rolul celui de-al doilea pantograf (care este, de fapt, primul care ia contact cu firul aerian) este de degivrare, respectiv de a curăța firul aerian de gheața și de a permite un contact bun celui alt pantograf.

Nici în condiții meteo dintre cele mai favorabile, trenurile nu circulă pe tot traseul cu viteza de 160 km/h. Așa cum susține contestatoarea, trenul ar trebui ca imediat ce a pornit din gară să ajungă la viteza de 160 km/h, pe care să o mențină pe toată durata deplasării, indiferent de configurația traseului (curbe, rampe etc) și să oprească instantaneu în gară.

Chiar dacă există tronsoane modernizate, această modernizare s-a făcut tot pe vechiul amplasament, așa că elementele de proiectare inițială (denivelare, unghiuri de curbura) sunt cele inițiale. Ori legile fizicii sunt aceleași ca și în urmă cu 100 de ani sau mii de ani, forța centrifugă fiind cea care nu permite trenurilor să depășească în curbe anumite viteze.

În consecință, Consiliul constată că a îndeplinit cerința ca trenul să poată circula cu ambele pantografe ridicate, caietul de sarcini neprevăzând că și în această situație excepțională trenul să poată circula cu viteza maximă de 160 km/h.

Cele 2 cerințe sunt separate: viteza maximă de 160 km/oră și posibilitatea de a circula cu 2 pantografe ridicate, cele două cerințe nu trebuie întrunite pe toată perioada de funcționare.

Mai mult, ofertantul precizează în răspunsul său că această viteză maximă poate fi mărită după verificarea constrângerilor și caracteristicilor infrastructurii cu gestionarul acesteia.

Referitor la faptul că și-a completat oferta adăugând o serie de scheme pneumatice ale frânei, Consiliul are în vedere că, potrivit prevederii de la punctul 11.5 din caietul de sarcini, „5. Următoarele desene și scheme vor fi obligatoriu incluse în ofertă:

- Schema de principiu a sistemului de frânare”.

Consiliul constată că la Anexa 19 (pag. 385 din ofertă) se găsește schema frânei pneumatice, iar prin răspunsul nr. 171/07.07.2021,

oferantul a retransmis desenul frânei, însoțit de explicațiile traduse în limba română, așa cum autoritatea contractantă i-a solicitat prin clarificare, ceea ce este în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, clarificarea respectivă fiind una de confirmare. Prin acest răspuns, ofertantul nu a modificat schema transmisă inițial.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că în oferta prezentată, a afirmat că nu se înregistrează imaginile de la îmbarcare, pentru ca prin răspunsul la clarificări să pretindă exact invers, Consiliul are în vedere următoarele:

Conform caietului de sarcini (pag. 57):

„3.18.2 Sistemul de monitorizare RE-IR interior și exterior

1. Pentru verificarea siguranței călătorilor la urcarea/coborârea în/din RE – IR și în timpul călătoriei, pentru asigurarea securității suplimentare a călătorilor și bagajelor și pentru prevenirea vandalismului, se vor monta camere video pe partea laterală a cabinei de conducere și se vor transmite informațiile pe un display montat pe bord.

2. Transmiterea imaginilor preluate de pe lateralul unității se va realiza automat la oprirea RE-IR în stație și deschiderea ușilor de acces. După plecarea RE-IR (sau a trenului) din stație și blocarea pe poziția închis a tuturor ușilor RE – IR, sistemul va comuta automat și va furniza imagini din interiorul vehiculelor din compunerea RE-IR. Mecanicul va avea disponibilă comanda de selectare a vagonului.

3. Funcția de stocare a imaginilor pentru o perioadă de minim 15 zile va fi disponibilă.

- La pag. 49 din propunerea tehnică a s-a prevăzut:

„2.16.1.5 Îmbarcarea

Fiecare vehicul are pe ambele laturi camere video pentru vizualizarea ușilor garniturii.

Imaginile pentru funcția de îmbarcare nu sunt înregistrate, dar sunt afișate pe monitorul CCTV instalat în fiecare pupitru de comandă. Aceste imagini sunt disponibile automat în momentul opririi trenului, dar și manual, dacă este necesar.

- La pag. 52 din propunerea tehnică s-a prevăzut:

„2.16.2.9 Controlul îmbarcării

Soluția propusă este un sistem video cu vedere în spate complet integrat în sistemul de informare a pasagerilor.

Sistemul îndeplinește următoarele funcții:

- permite personalului de manevră să vizualizeze în mod automat și ciclic imaginile de pe camerele externe pe monitorul cabinei când sunt deschise ușile de urcare. Imaginile sunt afișate când semnalul de deschidere a ușii devine activ și viteza materialului rulant este de 0 km/h;
- permite personalului de manevră să selecteze și să afișeze, dacă este necesar, imaginile luate de o anumită cameră externă atunci când semnalul de deschidere a ușii devine activ și viteza materialului rulant este de 0 km/h;
- permite personalului de manevră în cazul materialului rulant cuplat să controleze îmbarcarea și în materialul rulant de capăt al aceleiași cabine.

Camerele video IP prevăzute folosesc standardul H.264 și MJPEG ca standard de codificare și comprimare a imaginilor.

Se afișează maximum patru camere simultan cu o rezoluție de 640x480 pe cadru.

Calitatea și numărul de cadre pe secundă ale imaginilor nu variază dinamic.

Camerele oferă imagini clare chiar și în condiții de luminozitate scăzută și în timpul schimbărilor bruște de intensitate a luminii, chiar dacă aceasta nu poate fi garantată în toate condițiile posibile.

Nu este prevăzută înregistrarea imaginilor pentru controlul îmbarcării.”

- Având în vedere toate aceste, prin adresa nr. 22/255/22.06.2021, autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant să confirme că imaginile preluate de camerele de luat vederi amplasate pe lateralul unității RE-IR, la exterior, vor fi înregistrate.”

- Prin adresa nr. 163/28.06.2021, a confirmat faptul că imaginile preluate de camerele de luat vederi amplasate pe lateralul unității RE-IR, la exterior, vor fi înregistrate.”

Consiliul constată că, în mod corect a procedat autoritatea contractantă și atunci când a solicitat clarificări, și atunci când a considerat răspunsul lămuritor. În acest sens, Consiliul are în vedere că această solicitare are caracter de confirmare, respectiv de corectare a unui viciu de formă, având în vedere că într-o altă parte a ofertei tehnice, respectiv la pagina 850 din propunerea tehnică, a bifat „Da” în ceea ce privește îndeplinirea cerinței „3. Funcția de stocare a imaginilor pentru o perioadă de minim 15 zile va fi disponibilă. Înregistrarea datelor va fi organizată în sistem FIFO (first in first out - datele cele mai noi vor fi înregistrate peste datele cele mai vechi), datele video înregistrate vor fi însoțite de data, ora și amplasamentul camerei video.”

Consiliul va respinge și criticile generale formulate la pct IV (pag. 13-14 din contestație). Pentru a demonstra susținerile sale, Asocierea - ... SA trebuia să formuleze critici concrete, similare celor deja analizate în contestație, cu privire la cerințe ale documentației de atribuire pe care trenul ofertat de nu le îndeplinește.

Consiliul a reținut că încă de la primele pagini ale propunerii tehnice, a precizat că trenul ofertat va fi proiectat și furnizat special pentru România, deci va fi un model original. Evident că acesta va fi construit pe baza experienței și expertizei producătorului, însă va fi conform cu cerințele caietului de sarcini.

În acest sens, Consiliul constată că a invocat denumirilor unor alte trenuri, fiind lipsit de relevanță faptul că acestea sunt folosite pentru trasee scurte sau lungi, pentru a demonstra modul în care anumite componente ale trenului ofertat vor îndeplini cerințele caietului de sarcini. De altfel, la pag. 91-92 din caietul de sarcini se specifică: „6. Având în vedere obiectul contractului ce presupune proiectarea și fabricarea RE-IR, modul de îndeplinire a cerințelor stabilite prin caietul de sarcini va fi **detaliat și justificat corespunzător la nivelul ofertei tehnice, pe baza tehnologiei proprii/** experienței în domeniu/ capacității de producție etc., de care dispune fiecare dintre ofertanți. Ofertanții vor putea justifica/ demonstra îndeplinirea cerințelor prevăzute în caietul de sarcini **prin orice mijloace adecvate** (pot fi prezentate în susținere inclusiv documente oficiale din care să rezulte că au furnizat produse similare având parametrii la nivelul ofertat)”.

Ultima critică din contestație se referă la faptul că nu a depus toate documentele justificative DUAЕ, iar autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal prin nenumăratele solicitări de clarificări transmise pentru a ajuta acest ofertant.

În soluționare, Consiliul are în vedere, în primul rând, legislația achizițiilor publice nu limitează numărul solicitărilor de clarificări care pot fi adresate unui ofertant. Mai mult, jurisprudența JOUE este constată în a considera că, în cazul unor aspecte mai puțin clare este de preferat lămurirea acestora pe calea solicitărilor de clarificări în locul respingerii ofertei.

În același timp, atâta timp cât există o singură ofertă în evaluare nu poate fi invocată încălcarea principiului tratamentului egal.

Un alt aspect important este acela că nu are sediul în România și, în consecință, pe de o parte, nu este familiarizat foarte bine cu legislația românească și, pe de altă parte, are nevoie de documente din mai multe țări, care trebuie traduse, iar aprecierea cu privire la echivalența acestora este subiectivă, ceea ce poate genera necesitatea unor lămuriri suplimentare.

Astfel, în prima solicitare de clarificări, respectiv prin adresa nr. 22/366/20.08.2021, autoritatea contractantă a solicitat depunerea tuturor documentelor suport DUAЕ fără a le numi care sunt acestea, iar ofertantul a răspuns transmițând aceste documente, un total de 398 pagini.

Cu adresa nr. 288/30.09.2021, a depus documentele pe care le-a considerat necesare, totalizând un număr de 398 pagini.

Principalul motiv pentru care numărul de solicitări de clarificări pare atât de mare este, însă, strategia folosită de autoritatea contractantă la evaluarea acestor documente.

Astfel, probabil din motive de celeritate, autoritatea contractantă a transmis mai multe adrese de clarificare succesive, într-un interval scurt de timp, pe aspecte diferite, fără a aștepta ca ofertantul să răspundă la precedentele. Totodată, numărul aspectelor care făceau obiectul unei adrese de clarificări era foarte mic. Astfel, prin 3 dintre aceste adrese, respectiv adresele nr. 22/380/30.09.2021, nr. 22/383/04.10.2021 și nr. 22/387/15.10.2021 s-a solicitat lămuirea unui singur aspect (solicitare într-un singur punct), în două dintre adrese, respectiv cele cu nr. 22/378/28.09.2021 și nr. 22/407/25.10.2021, s-a solicitat lămurirea a 2

aspecte, și printr-o singură adresă, respectiv cea cu nr. 22/375/27.09.2021, s-a solicitat lămurirea a 3 aspecte. Prin urmare, au fost solicitate în total lămuriri cu privire la 10 aspecte, toate acestea putând face obiectul unei singure solicitări, în 10 puncte, toate aspectele inițial neclare fiind lămurite prin răspunsul transmis de ofertantă, niciunul dintre aspectele neclare inițial nefăcând obiectul unei a doua solicitări de clarificare. În acest fel, autoritatea contractantă a economisit timp, obținând, totodată lămuririle necesare, fără a încălca în niciun fel legislația achizițiilor publice, inclusiv principiile achizițiilor publice.

În consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, această critică.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021 formulată de Asociera ... - ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ..., va anula raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021 cu privire la evaluarea propunerii tehnice depusă de ... , precum și actele subsecvente și va dispune reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59206/12.11.2021, formulată de Asociera ... - ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă,

Admite cererea de intervenție formulată de ...

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația înregistrată la CNSC cu nr. 66721/22.12.2021, formulată de Asociera ... - ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ..., anulează raportul procedurii nr. 22/410/28.10.2021 cu privire la evaluarea propunerii tehnice depusă de ... , precum și actele subsecvente, și dispune

reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile de la primire.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 5 exemplare, conține 67 (șaizeci și șapte) pagini.