



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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 în datată , înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. , depusă și în calitate de operatori economici participanți în asociere, respectiv , reprezentată convențional prin , cu sediul procesual ales în , ... , în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziție material rulant nou destinat transportului regional și suburban feroviar de călători (trenuri electrice regionale RE-R)”, cod CPV 3460000-9, de către , cu sediul în , ... , în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

a) cu titlu de urgență, în temeiul art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a prezentei contestații;

b) pe fond:

i. cu titlu preliminar, în temeiul art. 25 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de soluționare a contestației până la soluționarea definitivă a dosarului nr. al Curții de apel , cu termen stabilit pentru

ii. în temeiul art. 26 alin. 2 lit. a) al Legii nr. 101/2016, anularea solicitării de clarificări nr. , a procesului – verbal nr. , precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestora.

..... , cu sediul în Italia, ... , ... , ... , înmatriculată în Italia sub nr. , având codul , reprezentată legal prin împuternicit și convențional prin , având sediul procesual ales în , ... , ... , depune cererea de intervenție înregistrată la

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. / prin care solicită: admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată, cu consecința respingerii ca neîntemeiată a contestației formulate de către și privind anularea solicitării de clarificări nr. emisă de autoritatea contractantă și a procesului-verbal nr , precum și a tuturor actelor subsecvente.

Prin încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de ASOCIEREA și , respingând-o. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care și reclamă solicitarea de clarificări nr. , emisă de autoritatea contractantă, apreciind-o nelegală din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

I. Succintă expunere a diferendului intervenit

Contestatorul arată că la data de , prin procesul-verbal nr. , autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost clasată pe locul I obținând un punctaj de 89 de puncte.

Împotriva acestui proces-verbal, a formulat contestație, solicitând anularea procesului verbal al ședinței de evaluare a propunerilor tehnice nr. privind evaluarea tehnică, precum și a actelor subsecvente. De asemenea, s-a solicitat reevaluarea ofertelor în privința aspectelor criticate și recalcularea punctajului aferent criteriului de atribuire pentru toate ofertele admisibile. Această contestație a făcut obiectul dosarului nr. pe rolul CNSC.

De asemenea, împotriva acestui proces-verbal, a formulat contestație, solicitând anularea comunicărilor ARF nr. privind evaluarea tehnică și nr. privind evaluarea financiară, precum și a actelor subsecvente. Totodată, s-a solicitat reevaluarea ofertelor în privința aspectelor criticate și recalcularea punctajului aferent criteriului de atribuire pentru toate ofertele admisibile. Această contestație a făcut obiectul dosarului nr. pe rolul CNSC.

Prin Decizia nr. din data de , CNSC a admis în parte ambele contestații și a dispus anularea procesului-verbal nr. privind evaluarea propunerilor tehnice și a procesului-verbal nr. privind evaluarea propunerilor financiare. De asemenea, tot prin această decizie CNSC a stabilit următoarele:

- dispune comisiei de evaluare să efectueze verificări suplimentare privind îndeplinirea de către a cerinței de la pct. 1.2.1.;
- dispune comisiei de evaluare să-i solicite ofertantului CRRC SIFANG-Astra un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes, conform motivării;

- dispune comisiei de evaluare ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (pct. 11.7 din Caietul de sarcini).

Împotriva acestei decizii, contestatorul arată că a formulat calea de atac a plângerii în fața Curții de Apel, solicitând:

"modificarea în parte a Deciziei cu privire la soluțiile date (i) contestației ce a făcut obiectul dosarului nr. , (ii) contestației Siemens ce a făcut obiectul dosarului nr. , și, corespondent, (iii) cererilor de intervenție a asocierii , după cum urmează:

i. *Cu titlu principal, respingerea contestației Siemens ca fiind lipsită de interes și a contestației Siemens ca neîntemeiată și, corespondent, admiterea integrală a cererilor de intervenție depuse de subscrisele.*

ii. *În subsidiar, respingerea contestațiilor și ca neîntemeiate și, corespondent, admiterea integrată a cererilor de intervenție depuse de subscrisele".*

Plângerea s-a constituit în dosarul nr. al Curții de Apel, cu termen stabilit la data de .

II. Argumentația în drept

B. Actele contestate sunt nelegale

Contestatorul precizează că actele contestate au fost emise de autoritatea contractantă susținându-se punerea în aplicare a Deciziei nr. .

Or, câtă vreme legalitatea deciziei CNSC este contestată de CRRC-Astra în cadrul dosarului nr. , cu termen la , contestatorul consideră că solicitarea de suspendarea a fondului prezentei contestații până la soluționarea dosarului nr. îndeplinește cerințele art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, este evident că actele contestate sunt afirmate de autoritatea contractantă ca subsecvente Deciziei CNSC - prin urmare, legalitatea acestor acte depinde de analiza Curții de Apel asupra legalității Deciziei CNSC, analiză ce va fi realizată în dosarul nr. .

În ceea ce privește fondul contestației, contestatorul precizează că motivele de nelegalitate afirmate la adresa Deciziei CNSC se răsfrâng asupra actelor afirmate drept subsecvente. În acest sens, în Secțiunea I a prezentului capitol, contestatorul va relua *mutatis mutandis* temeiurile dezvoltate în plângerea ce face obiectul dosarului nr. .

Totodată, contestatorul arată că modalitatea în care actele contestate încalcă principiul tratamentului egal rezultă din faptul că autoritatea contractantă pune în aplicare deocamdată doar o anumită parte a Deciziei, anume cea care privește solicitarea de clarificări către .

Deși Decizia CNSC privește necesitatea de demersuri suplimentare (în privința calculului consumului de energie) cu privire la toți ofertanții, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu realizează niciun demers care să privească celelalte oferte din procedură.

În schimb, contestatorul menționează că autoritatea contractantă aplică parțial Decizia CNSC, efectuând acte suplimentare doar în ceea ce privește oferta sa.

Astfel, în opinia contestatorului, un asemenea mod arbitrar de punere în aplicare a unei Decizii CNSC reprezintă o dovadă a încălcării principiului tratamentului egal stabilit de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, atrăgând nelegalitatea actelor contestate.

B.1. Evaluarea suplimentară a ofertei nu are temei legal

B.1.1. Prin solicitarea de clarificări a suplimentat în mod nepermis documentația de atribuire. Solicitarea este nelegală

Contestatorul arată că solicitarea de clarificare emisă de autoritatea contractantă privește posibilitatea de a respecta termenul de 18 luni de la data încheierii contractului pentru livrarea primului tren.

Factorul de evaluare relevant pentru acest termen este cel menționat de art. 11.2.5 din fișa de date:

"Livrare a primei unități RE-R Termenul pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR 3% Punctaj maxim factor: 3 Algoritm de calcul: 3% pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR în termen de 18 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 0.5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate".

Totodată, potrivit art. 2.1 al caietului de sarcini:

1. Proiectarea și fabricația RE-R va fi realizată în concordanță cu reglementările europene aplicabile, obiectivele, legile și recomandările în vigoare, cât și cu necesitatea optimizării costurilor de exploatare, mentenanță, revizie și reparație. Conform directivelor europene furnizorul este obligat să prezinte „Life cycle cost” (LCC) respectiv costurile de achiziție, costurile de mentenanță și alte costuri în concordanță cu consumul energetic, costurile de manoperă și materiale etc.

2. RE-R vor fi în conformitate cu stadiul actual al tehnologiei de design, construcție și fabricație și trebuie să îndeplinească în totalitate cerințele specificate în specificațiile tehnice de interoperabilitate STI I.OC & PAS, STI NOI, STI CCS, STI OPE, STI MR și STI PRM.

Contestatorul susține că documentația de atribuire nu conține vreo cerință cu privire la modul în care ofertanții trebuie să probeze modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe. Dimpotrivă, remediile pentru încălcarea unui astfel de termen asumat în mod ferm sunt exclusiv contractuale.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 3.2.1. lit. g din modelul de contract prezentat prin documentația de atribuire:

„Dacă Furnizorul nu furnizează Produsele/ Serviciile în condițiile și termenele astfel cum au fost stabilite prin Documentele Contractului, Autoritatea Contractantă este îndreptățită, fără necesitatea vreunei notificări și fără a exclude alte căi de sancțiune din contract, să pretindă penalități contractuale pentru fiecare zi de întârziere.

În cazul în care, din vina sa exclusivă, Furnizorul nu își îndeplinește obligațiile asumate pentru contract, Autoritatea Contractantă are dreptul de a deduce din obligațiile asumate, ca majorări de întârziere o sumă

echivalentă cu 0,1% din prețul contractului pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

Dacă penalitățile depășesc mai mult de 10% din valoarea contractului, Autoritatea Contractantă, după notificarea Furnizorului, poate să dispună încetarea contractului conform art. 7.5 din prezentul contract.

Dacă prima unitate livrată nu corespunde specificațiilor și solicitărilor din Caietul de Sarcini, Autoritatea Contractantă are obligația să îl respingă, iar Furnizorul are obligația, într-un termen de maxim 4 (patru) luni, fără a modifica prețul contractului:

a) de a înlocui produsele refuzate; sau

b) de a face toate modificările necesare pentru ca produsele să corespundă specificațiilor lor tehnice.

Dacă, în termenul stabilit de Părți, care nu poate depăși 4 (patru) luni, Furnizorul nu își îndeplinește obligațiile, Achizitorul are dreptul de a rezilia Contractul.

În cazul primei unități RE-R livrate, Autoritatea Contractantă poate respinge produsul care nu corespunde specificațiilor și solicitărilor din Caietul de Sarcini. Dacă, produsul înlocuit sau modificat după ce a fost refuzat, tot nu corespunde specificațiilor și Caietului de Sarcini, Autoritatea Contractantă are dreptul de a rezilia Contractul iar Furnizorul are obligația de a plăti penalizări între 30% și 50% din valoarea Contractului.

Perioada de timp în care Furnizorul este obligat să înlocuiască produsul refuzat sau să facă toate modificările pentru ca acesta să corespundă specificațiilor tehnice va fi considerată întârziere în cazul în care nu se respectă Graficul de livrări ofertat și se vor aplica penalități de 0,1% pe zi, pentru fiecare ramă livrată în întârziere".

Așadar mecanismul de sancționare în cazul nerespectării termenului se face în doi pași. Mai întâi orice întârziere în livrarea produsului este sancționată cu penalități de 0,1% din valoarea contractului pe zi de întârziere. În măsura în care întârzierea este mai mare de 4 luni autoritatea contractantă are dreptul de a rezilia contractul și de a pretinde penalități de întârziere într-un cuantum de 30%-50% din valoarea întregului contract.

Totodată, contestatorul arată că potrivit răspunsului la întrebarea 37 a Clarificării nr. , care este redat în continuare, autoritatea contractantă a specificat în ce mod se va dovedi valoarea termenului de livrare a primei unități, respectiv printr-o declarație pe propria răspundere:

37	Referitor la criteriile de punctaj din fișa de date, Algoritm de calcul: 3% pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR în termen de 18 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 0.5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate. Vă rugăm să confirmați ca pentru a face dovada termenului de livrare, operatorii economici vor prezenta o declarație pe propria răspundere.	Da.
----	--	-----

Așadar, este demonstrat că printr-o documentație de atribuire necontestată, autoritatea contractantă a indicat în mod expres modalitatea de dovedire a termenului de livrare asumat.

Cu toate acestea, contestatorul precizează că autoritatea contractantă solicită acum probarea termenului de livrare ofertat într-un anume mod:

"În acest sens veți proba cele menționate, în ofertă și în calendarul anterior precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute anterior, de dumneavoastră sau de un alt producător de la o autoritate în domeniu recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căi Ferate (ERA), după finalizarea cu succes a demersurilor respective, pentru un produs feroviar similar (material rulant de călători)".

Contestatorul arată că cele de mai sus sunt relevante pentru a dovedi că:

a) Prin documentația de atribuire nu se impune dovedirea caracterului rezonabil al termenului asumat prin metoda stabilită de către autoritate, ci printr-o declarație pe propria răspundere depusă de fiecare ofertant în parte odată cu depunerea ofertei.

b) Autoritatea contractantă a realizat în mod concret, ulterior deschiderii ofertelor și pronunțării rezultatului procedurii de atribuire, o completare nepermisă a documentației de atribuire. În acest sens, conform solicitării de clarificări, documentația de atribuire ar fi trebuit citită că implicând ofertarea unui termen de livrare de către un ofertant non-UE doar condiționat de prezentarea *"unor exemple anterioare ale unor producători de material rulant destinat transportului feroviar din afara UE"*.

Or, în această manieră contestatorul precizează că autoritatea adaugă o cerință suplimentară pentru dovedirea conformității unei oferte tehnice, ulterior momentului deschiderii ofertelor - această decizie încalcă principiul nediscriminării și tratamentului egal, precum și principiul transparenței (Secțiunea B. 1.1). În același mod, Decizia încalcă principiul securității juridice în materia remediilor (Secțiunea B.1.2). Totodată, cerința este evident restrictivă (Secțiunea B.2.2).

B.1.2. Solicitarea de clarificare încalcă principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței

Contestatorul menționează că raționamentul exhibat de autoritatea contractantă este incompatibil cu principiile fundamentale ale tratamentului egal, nediscriminării și transparenței, reglementate de art. 2 alin. (2) lit. a), b) și d) ale Legii nr. 98/2016 și dezvoltate de către jurisprudența CJUE în aplicarea Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii ("Directiva 2004/18"), reluate de Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE ("Directiva 2014/24").

Astfel după cum a arătat-o constant atât jurisprudența CJUE cât și cea a Curții de Apel, o modificare a documentației de atribuire la momentul evaluării finale, prin restrângerea modului de probare al

îndeplinirii anumitor cerințe ale documentației de atribuire reprezintă o încălcare esențială a principiilor de bază anterior amintite, întrucât reprezintă o schimbare a regulilor competiției la finalul acesteia.

Astfel, orice redefinire/completare/modificare adusă cerințelor de conformitate cuprinse în caietul de sarcini la momentul evaluării ofertelor încalcă principiul tratamentului egal și nediscriminării întrucât:

a) Dacă ea ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație.

b) Operatorii economici deja participanți sunt evaluați în baza altor reguli decât cele pe care le-au cunoscut la momentul depunerii ofertelor.

Totodată, o redefinire/completare/modificare adusă cerințelor de conformitate cuprinse în caietul de sarcini la momentul evaluării ofertelor încalcă principiul transparenței întrucât ea modifică regulile comune de evaluare ce fuseseră consolidate de la momentul publicării documentației de atribuire.

Interdicția adresată unui Stat Membru de a reaseza specificațiile tehnice în cursul înseși evaluării procedurii reprezintă un aspect confirmat în mod amplu și constant în jurisprudența CJUE.

Contestatorul arată că potrivit art. 18 alin. (1) al Directivei 2014/24, *"Autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională"*. Textul de drept unional constituie o preluare a art. 2 din fosta Directivă 2004/18.

În aplicarea acestor texte legale, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în cauza *Enterprise Focused Solutions SRL c/a Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia* (C-278/14):

"26. Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

27. Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le-a stabilit. Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice. [...]

29. În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață" (sublinierea contestatorului).

Contestatorul arată că aceleași concluzii au fost formulate de Curte și în multiple alte spețe: *"astfel cum Curtea a statuat deja, principiile*

egalității de tratament și transparenței procedurilor de atribuire implică obligația autorităților contractante de a respecta aceeași interpretare a criteriilor de atribuire pe tot parcursul procedurii [...] în ceea ce privește chiar criteriile de atribuire, trebuie să se admită, cu atât mai mult, că acestea nu trebuie să suporte nicio modificare în cursul procedurii de atribuire" (Comisia Europeană c/a Irlandei (C-266/09), paragrafele 59-60, EVN și Wienstrom c/a Austriei, paragrafele 92-93).

În acest sens, într-o decizie recentă a Curții de Apel s-a arătat:

"De asemenea, Curtea reține că au fost încălcate și principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței întrucât prin clarificarea unor cerințe din documentația de atribuire de către autoritatea contractantă, clarificare ce urmează a se da în etapa evaluării ofertelor, ceea ce presupune că ofertele sunt deja depuse, iar autoritatea contractantă cunoaște conținutul acestora, este evident că va fi favorizat ofertantul a cărui ofertă corespunde clarificării autorității contractante, în detrimentul celui alt ofertant și pe baza unei clarificări pe care acesta din urmă nu a cunoscut-o la momentul întocmirii și depunerii ofertei." (Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 37/25.03.2019).

B.1.3. Solicitarea încalcă principiul securității juridice în materia remediilor

Contestatorul arată că, caietul de sarcini al procedurii a fost publicat în SICAP la data de 03.04.2019, cu mai bine de 7 luni față de momentul pronunțării hotărârii revizuite.

Prin urmare, investită fiind cu analiza actului reprezentat de evaluarea unor oferte deja depuse, autoritatea contractantă încearcă modificarea caietului de sarcini, prin impunerea unui amendament la acesta.

Un astfel de raționament este incompatibil cu principiul fundamental al securității juridice în materia remediilor din domeniul achizițiilor publice, subiect deja tranșat în jurisprudența CJUE direct aplicabilă.

Astfel, contestatorul arată că prin hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din în cauza *Universale - BauAG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger et Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* (C-470/99) s-a arătat:

"75. Implementarea integrală a obiectivului urmărit de Directiva 89/665 ar fi subminată dacă ofertanților și candidaților li s-ar permite să invoce, în orice stadiu al procedurii de atribuire, încălcarea regulilor de achiziții publice, obligând astfel autoritatea contractantă să reia întreaga procedură în vederea corectării încălcărilor respective.

76. Mai mult, stabilirea unor perioade limită rezonabile pentru inițierea demersurilor trebuie privită ca satisfăcând, în principiu, cerința de efectivitate prevăzută de Directiva 89/665, atâta vreme cât constituie o aplicare a principiului fundamental al securității juridice [a se vedea, prin analogie, în ceea ce privește principiul eficienței dreptului comunitar, cauza C-261/95, Palmisani (1997) ECR1-4025, punctul 28, și cauza C-

78/98, Preston și alții (2000) ECR 1-3201, punctul 33]" [sublinierea contestatorului].

Ulterior, Curtea a arătat în repetate rânduri că *"îndeplinirea completă a obiectivului urmărit de Directiva 89/ 665 ar fi compromisă dacă ar fi posibil pentru candidați și ofertanți să invoce, în orice moment al procedurii de atribuire, încălcări ale normelor de atribuire a contractelor, obligând astfel autoritatea contractantă să reia întreaga procedură pentru a îndrepta aceste încălcări"* - cauza Lämmerzahl GmbH c/a Freie Hansestadt Bremen (C-241/06), paragraful 51, cauza Comisia Europeană c/a Irlandei (C-456/08), paragraful 52.

Contestatorul precizează că dezlegările CJUE de mai sus, care fac corp comun cu Directiva 89/665, sunt elocvente pentru contrarietatea actului autorității contractante cu principiul securității juridice.

În același sens, într-o decizie recentă a Curții de Apel s-a arătat:

"Curtea apreciază că prin obligarea autorității contractante să clarifice cerințele C9 și C10 din documentația de atribuire a fost încălcat principiul securității juridice întrucât prin necontestarea acestor cerințe în termenele și condițiile prevăzute de Legea 101/2016, aceste cerințe dobândiseră caracter definitiv, astfel că evaluarea ofertelor nu se putea realiza decât ținând cont de conținutul documentației de atribuire și a clarificărilor emise anterior expirării termenului de depunere a ofertelor." (Curtea de Apel, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 37/25.03.2019).

B.1.4. Solicitarea de clarificări impune în mod nelegal o cerință restrictivă

Contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 155 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 *"Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici"*.

Norma legală anterior citată impune autorității contractante ca prin documentația de atribuire să nu prevadă cerințe care să creeze în mod nejustificat o restricție în defavoarea unor operatori economici care participă la procedură.

În acest sens, în jurisprudență s-au conturat următoarele:

- „cum pe teritoriul României nu mai este implementat un asemenea proiect (de construcție unui depozit zonal de deșeuri și a unei instalații de tratare mecanico-biologică a deșeurilor, precum și de închidere a depozitelor neconforme) din cadrul Strategiei Naționale de Gestionare a Deșeurilor, impunerea unei experiențe similare ar constitui o condiție de calificare restrictivă, excesivă și chiar irealizabilă pentru orice societate comercială din acest domeniu existentă în România" (Curtea de Apel Târgu-Mureș, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2792/18.03.2013, publicată în D. Șerban, Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice., vol. III., Ed. Hamangiu, ... 2012, pag. 463-464).

- „Curtea, la fel ca și Consiliul, a reținut că pretenția autorității contractante ca ofertanții la procedura de atribuire să mai fi realizat proiecte de construcții civile de tip „after school” și „cămin cultural” este excesivă și de natură să limiteze nejustificat numărul participanților la achiziție, experiența în orice alt tip similar de construcție civilă fiind suficientă” (Curtea de Apel Timișoara, Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 517/01.04.2011, publicată în D. Șerban, Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice., vol. III., Ed. Hamangiu, ... 2012, pag. 492).

- ”Analizând cerința impusă de autoritatea contractantă raportat la prevederile legale sus-menționate, Curtea reține justetea statuării Consiliului în ceea ce privește caracterul restrictiv al cerinței. Astfel, autoritatea contractantă nu a fost în măsură a preciza rațiunea limitării la maximum trei contracte, cât timp ceea ce interesează în analiza capacității derulării contractului este capacitatea operatorului de a presta servicii similare, de anvergura arătată, într-un anume interval de timp.” (Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3985/05.11.2013, publicată în D. Șerban, Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice., vol. V., Ed. Hamangiu, ... 2015, pag. 78-79).

- ”Se observă din conținutul cerinței faptul că autoritatea a limitat posibilitatea de participare la procedură prin raportare la locația a cel puțin unuia dintre punctele de lucru ale ofertanților, aceștia fiind necesar să justifice că își desfășoară activitatea în interiorul localității (Ploiești), fiind excluși potențialii ofertanți cu punctele de lucru în zonele limitrofe, situați în afara limitelor de hotar ale localității.” (Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 231/21.01.2016, publicată în D. Șerban, Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice., vol. V., Ed. Hamangiu, ... 2015, pag. 224-225).

Or, contestatorul precizează că în cazul de față, cerința suplimentară impusă de autoritatea contractantă este restrictivă prin prisma faptului că (i) permite în mod discreționar doar o anumită, unică modalitate de dovedire a conformității ofertei, respectiv (ii) creează un tratament diferențiat nejustificat între operatorii UE și non- UE.

Contestatorul menționează că dovedirea posibilității de a respecta termenele asumate prin oferta tehnică se face pornind de la demersurile ce trebuie efectuate în vederea omologării produselor, analizând stadiul în care asocierea sa se află în ceea ce privește procedura de omologare, precum și capacitatea de producție și know-how-ul de care dispune.

A limita o companie la dovedirea respectării unei cerințe prin unica metodă a evocării unor exemple din practică - în condițiile în care această practică se raportează la acte normative ale UE privind omologarea intrate în vigoare abia în 2018 - reprezintă o opțiune arbitrară. Nu există un criteriu obiectiv care să justifice o atare sarcină, câtă vreme dovada respectării angajamentelor asumate a fost stabilită de autoritatea contractantă prin altă manieră, în cadrul răspunsului la întrebarea a clarificării nr. .

Mai apoi, această cerință nu este oricum una care să facă dovada supremă a respectării termenelor asumate de către asocierea sa. Orice analogie făcută de această manieră ar implica experiența unui terț.

Or, dacă scopul solicitării autorității este acela ca asocierea sa să dovedescă capacitatea de a respecta angajamentele luate, mijlocul propus este unul inefficient și irelevant. Altfel spus, asocierea sa nu poate și nu ar trebui să facă proba capacității de a respecta termenele contractuale exclusiv prin apelul la capacitatea unui terț de a obține omologarea produsului într-un termen similar. Chiar în măsura în care asocierea ar oferi cu titlu exemplificativ un terț care a reușit omologarea produsului într-un termen similar, acest aspect nu garantează că și asocierea va finaliza procedura în același timp, raționamentul fiind valabil și în sens contrar.

De asemenea, chiar oferirea unor exemple în care operatori non-UE au obținut omologarea produsului într-un termen mai lung decât cel propus de către asociere este lipsită de relevanță în contextul în care asocierea a demarat deja, de o bună bucată de timp, procedurile de omologare a produsului. Prin urmare nici măcar din această perspectivă o eventuală analogie nu ar fi relevantă.

Totodată, în opinia contestatorului, este nejustificată obligarea asocierii sale la dovada că un operator non-UE a obținut omologarea produsului într-un termen similar. Independent de proveniența operatorului, procedura de omologare urmează aceeași pași. Prin urmare dubla restricționare, anume (i) dovada că un alt operator a obținut omologarea într-un termen similar și (ii) că acest operator trebuie să provină din afara spațiului european este nejustificată.

Altfel spus, prin obligarea asocierii la dovedirea îndeplinirii acestei cerințe se creează un tratament diferențiat nejustificat între operatori economici UE și operatorii economici non-UE.

Doar aceștia din urmă sunt obligați să probeze faptul că pot respecta termenele de livrare făcând apel la exemple similare ale unor terți contractanți.

Contestatorul precizează că aspectul este cu atât mai dificil de înțeles cu cât asocierea a demonstrat autorității contractante că procedurile de omologare erau începute anterior finalizării procedurii și că acest aspect a fost luat în calcul la momentul întocmirii ofertei tehnice.

B.1.5. Autoritatea contractantă nu deține temei legal pentru solicitarea de clarificări suplimentare

Contestatorul precizează că solicitările de clarificări se impun a fi cerute de către autoritatea contractantă exclusiv în măsura în care există dubii legitime și probate cu privire la conformitatea ofertei tehnice.

Altfel spus, cadrul legal aplicabil impune ca abia atunci când se îndeplinește standardul probei cu privire la existența unor informații incomplete/erone sau lipsa anumitor documente din oferta atacată, autoritatea să emită o solicitare de clarificări.

Or, niciuna dintre aceste situații nu este incidentă în speță - emiterea de către autoritatea contractantă de clarificări suplimentare nu are realmente niciun fundament și constituie un precedent periculos.

B.1.6. Autoritatea contractantă este obligată să solicite clarificări exclusiv în măsura probării unor dubii cu privire la conformitatea ofertei tehnice

Contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *"În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței".*

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *"Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia."*

Așadar, autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări în măsură în care se probează existența unor dubii cu privire la conformitatea propunerii tehnice sau financiare.

Examenul legal pentru a dovedi incidența art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 este așadar probarea existenței unor documente incomplete/eronate în propunerea unui ofertant sau a lipsei unor anumite documente.

În realitate, măsura autorității contractante de a solicita aceste clarificări are scopul de a evita descalificarea operatorului din rațiuni pur formale, care pot fi lămurite printr-un răspuns la clarificări fără ca acesta să fie de natură a modifica oferta depusă.

În măsura în care aceste neclarități nu există, simplul fapt că un contestator ar ridica pe calea unei contestații dubii cu privire la conformitatea ofertei unui alt ofertant nu poate duce la o decizie de reevaluare.

Contestatorul arată că practica judiciară a subliniat în numeroase rânduri că instituția clarificărilor devine incidență abia atunci când este îndeplinit standardul de probațiune cu privire la documente incomplete/eronate/absente din propunerea unui ofertant:

- "posibilitatea autorității contractante de a cere clarificări intervine în cazul în care ofertantul pare să îndeplinească cerințele minime de calificare, dar există anumite incertitudini sau neclarități." (Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2275/09.11.2009, publicată în D. Șerban, Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice., vol. VI., Ed. Hamangiu, ... 2017, pag. 314).

- „autoritatea contractantă nu are obligația de a solicita clarificări decât atunci când există anumite elemente care trebuie lămurite pentru a se aprecia asupra conformității sau neconformității ofertei". (Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3748/29.06.2016, publicată în Ibidem).

- „În spatele dreptului autorității contractante de a solicita clarificări stă obligația de a obține toate informațiile necesare evaluării ofertelor care ar conține neclarități sau exprimări ambigue, astfel încât să se asigure că este pe deplin edificată cu privire la îndeplinirea/neîndeplinirea de către oferte a cerințelor de calificare și/sau a specificațiilor tehnice”. Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 3870/06.07.2016, publicată în *Ibidem*).

Contestatorul precizează că acest standard de dubiu legitim și probat nu a fost îndeplinit sub nicio formă în privința ofertei , astfel încât realizarea acestor demersuri de clarificare este lipsită de temei legal.

B.1.7. Oferta dovedește în mod vădit respectarea cerințelor Caietului de sarcini analizate de Consiliu

1. Contestatorul susține că asocierea sa a dovedit faptul că oferta tehnică depusă se bazează pe un design dovedit în exploatare.

În ceea ce privește primul aspect, anume noțiunea de design dovedit - după cum reține chiar Consiliul, asocierea nu trebuia să ofere un produs care să se afle în exploatare, ci un produs care să fie proiectat pe baza un design aflat în exploatare.

Contestatorul precizează că explicația se regăsește și în cadrul dispozițiilor documentației de atribuire și deși aspectele au fost tratate pe larg în cuprinsul scriptelor depuse în fața Consiliului, le redă punctual mai jos:

(i) potrivit dispozițiilor art. 1.2.1 din Caietul de sarcini vehiculul trebuie să fie bazat pe „*un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în caietul de sarcini*”

(ii) în Cap. 1.7. Condiții de protecția muncii la pct. 3 (pag. 11 din Caietul de sarcini) se specifică faptul că "*proiectarea materialului rulant se va face în conformitate cu legislația în vigoare la data publicării anunțului privind organizarea procedurii de achiziție*".

(iii) Cap. 1.10. Condiții privind protecția mediului la pct. 3 (pag. 12 din Caietul de sarcini) face trimitere la "*toate materialele folosite pentru proiectarea și fabricarea ramelor electrice (...)*".

(iv) în Cap. 2.1. Conceptul de design și condițiile minime de proiectare la pct. 1 (pag. 25 din Caietul de sarcini) se menționează că: "*proiectarea și fabricarea RE-R va fi realizată în concordanță cu reglementările europene aplicabile, obiectivele, legile și recomandările în vigoare (...)*"

(v) în Cap. 3.3 Bogații pct. 2 (pag. 36 din Caietul de sarcini) se precizează faptul că "*bogații va fi proiectat (...)*" iar la pct. 8 (pag. 36 din Caietul de sarcini) "*aparatură de rulare trebuie proiectat astfel încât să nu fie depășite criteriile limită pentru siguranță (...)*".

Or, raportat la chestiunile expuse anterior, se impun două concluzii:

a) documentația de atribuire nu impunea ca produsul oferit să fie folosit în exploatare iar cerințele sunt cât se poate de clare în privința acestui aspect,

b) singura probă care îi incumba asocierii sale era aceea de a proba că deține un design verificat în exploatare, pe baza căruia urmează să fie proiectat produsul oferat.

Contestatorul arată că modelul propus de este - versiunea cu viteză maximă de 180 km/h și o viteză de operare de 160 km/h destinată trenurilor de navetă expres. Acest model face parte din gama

De asemenea, contestatorul susține că a demonstrat faptul că modelul propus a fost verificat în exploatare. După cum s-a arătat în propunerea tehnică acest model a fost utilizat pe ruta . De asemenea, contestatorul redă în Anexa nr. 4 un tabel din care reies rutele din China în care a mai fost utilizat acest model.

Or, câtă vreme aceste chestiuni au fost clarificate, este evident că oferta asocierii sale respectă prevederile documentației de atribuire, aspect constatat și de către autoritatea contractantă.

B.1.8. Asocierea sa a dovedit faptul că respect termenele de livrare ale produsului

1. Chestiuni preliminare

Cu privire la acest aspect, contestatorul arată că în documentația de atribuire se prevăd următoarele:

2.1. CONCEPTUL DE DESIGN ȘI CONDIȚIILE MINIME DE PROIECTARE

1. Proiectarea și fabricația RE-R va fi realizată în concordanță cu reglementările europene aplicabile, obiectivele, legile și recomandările în vigoare, cât și cu necesitatea optimizării costurilor de exploatare, mentenanță, revizie și reparație. Conform directivelor europene furnizorul este obligat să prezinte „Life cycle cost” (LCC) respectiv costurile de achiziție, costurile de mentenanță și alte costuri în concordanță cu consumul energetic, costurile de manoperă și materiale etc.

La fel, conform răspunsului la întrebarea 37 a Clarificării nr. 22/190/25.06.2019, care este redat în continuare, autoritatea contractantă a specificat în ce mod se va dovedi valoarea termenului de livrare a primei unități, respectiv printr-o declarație pe propria răspundere:

37	Referitor la criteriile de punctaj din fișa de date, Algoritm de calcul: 3% pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua în termen de 18 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 0.5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate. Vă rugăm să confirmați ca pentru a face dovada termenului de livrare, operatorii economici vor prezenta o declarație pe propria răspundere.	Da.
----	--	-----

Contestatorul susține că asocierea sa a făcut dovada termenului de livrare conform modalității stabilite prin documentația de atribuire.

Autoritatea nu poate încălca la acest moment documentația de atribuire, argumentând că în realitate ea ar fi trebuit să prevadă alte metode pentru dovedirea termenului de livrare.

Raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, documentația de atribuire ar fi trebuit să fie contestată în termen de 10

zile răspunsul la întrebarea 37 a Clarificării nr. . În absența unui astfel de demers, nu se poate repune în discuție utilitatea unui alt mod de a demonstra îndeplinirea termenului pentru livrarea primei unități.

Contestatorul arată că această concluzie este susținută de o practică judiciară constantă și unanimă:

- „Pe de altă parte, trebuie reținut că părțile aveau posibilitatea de a contesta documentația de atribuire. Prin neexercitarea unui asemenea demers, cuprinsul documentației nu mai poate fi analizat în această fază a derulării procedurii de achiziție publică, fiind depășită faza în care se putea formula contestație împotriva documentației. 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 pentru autoritatea contractantă.” (Curtea de Apel Craiova, Decizia civilă nr. 1555/06.03.2012).

- „Atât timp cât această cerință a fost făcută publică, odată cu publicarea anunțului de participare în SEAP, și câtă vreme ea nu a fost contestată în termenul legal, petenta nu mai poate invoca pretinsa prioritate a legii, întrucât, prin necontestarea fișei de date a achiziției în sensul anulării acelei cerințe, ea a devenit obligatorie pentru toți participanții la procedură” (Curtea de Apel Iași, Decizia civilă nr. 834/07.11.2011);

- „Indiferent de criticile ce se aduc unei documentații de atribuire, ele trebuie să se supună termenelor prevăzute de lege, iar depășirea acestora are drept consecință respingerea cererii ca tardivă” (Curtea de Apel Pitești, Decizia civilă nr. 1506/13.06.2012).

- „În condițiile necontestării documentației de atribuire și a depunerii ofertei se consideră că ofertanta a acceptat condițiile documentației, pe care, ca atare, trebuie să le respecte” (Decizia civilă nr. 1457/27.06.2011 a Curții de Apel).

Trecând *ad absurdum* peste acest aspect, contestatorul precizează că a prezentat o serie de speculații în fața Consiliului cu privire la faptul că asocierea sa nu ar putea respecta termenele de livrare asumate.

Cu titlu preliminar, contestatorul precizează că este cea mai mare filială a . Aceasta desfășoară activități de design, producție și executare de mentenanță a materialului rulant. Având vânzări anuale de 6,2 miliarde de euro, fabrici pe o suprafață mai mare de 1,77 milioane de metri pătrați și mai mult de 11.000 de angajați, are 7 tipuri diferite de produse, cum ar fi trenuri de mare viteză, trenuri regionale și interurbane, metroui și tramvaie.

În ultimii 10 ani, a dezvoltat, produs și livrat mai mult de 18.000 de vehicule feroviare în China și la nivel internațional. Tocmai de aceea termenele în care asocierea sa poate produce produsele oferite este unul mult mai scurt decât timpul în care ar putea produce aceleași bunuri. De asemenea, tot din prisma capacității de producție se explică și condițiile avantajoase pe care asocierea sa poate să le ofere.

Capacitatea anuală de producție a este capabil să producă concomitent 200 de trenuri de mare viteză a câte 8 vagoane (1.600 de vagoane) pentru trenuri de mare viteză, 1.000 de vagoane de metroui,

300 de vagoane de dormit, asigurând în același timp mentenanța pentru 600 de vagoane de trenuri de mare viteză.

Asocierea sa dispune de o echipă extrem de performantă în ceea ce privește inovația tehnologică acoperind întregul spectru profesional în ceea ce privește proiectarea și producerea de material rulant - vehicule feroviare. Echipa de proiectare/dezvoltare numără 2.558 membri dintre care 71 dețin titlul de doctori, 1.137 de masteranzi și 1.350 de licențiați în domeniile în care aceștia profesează.

2. Asocierea a dovedit în mod clar că are capacitatea de a respecta termenele asumate prin oferta tehnică

Contestatorul precizează că a arătat deja în secțiunea introductivă faptul că asocierea sa deține o capacitate de producție foarte ridicată, chestiuni ce trebuie avute în vedere în ceea ce privește respectarea termenului de livrare.

Totodată, a demonstrat în fața autorității contractante faptul că a demarat deja procedurile de omologare a produsului, motiv pentru care acest termen va fi respectat de către asociere.

a demarat la acest moment procedura de omologare a trenului, încă din cursul anului 2015, în vederea obținerii datelor necesare pentru obținerea certificării STI ("Standarde Tehnice de Interoperabilitate"), a invitat la colaborare TuV Rheinland, în calitate de organ consultativ pentru certificarea STI, în ceea ce privește analiza și interpretarea instrucțiunii STI, specificația tehnică STI, ghidul de aplicare STI, standardul obligatoriu, standardul voluntar, standardul de coordonare. În cursul acestui an s-a finalizat analiza și interpretarea Directivei STI, Specificații tehnice STI, Ghiduri de aplicare a STI, Standarde obligatorii, Standarde de voluntariat, Standarde armonizate, RFU.

Datorită potențialului uriaș al pieței de tranzit feroviar în Europa de Est, a considerat România ca o piață strategică importantă și a decis să proiecteze și să fabrice un vehicul prototip care să fie în conformitate cu certificarea STI europeană și cerințele tehnice locale ale României, în avans pentru a atrage clienții. Din acest motiv, din 2017, a efectuat investigații tehnice detaliate privind specificațiile tehnice feroviare și condițiile reale ale liniei feroviare din România și țările din jur și a efectuat multe schimburi tehnice cu potențiali clienți, cum ar fi CFR, pentru a înțelege cerințele tehnice ale vehiculului în detalii. Conform standardului tehnologic de certificare STI, a finalizat proiectarea detaliată a prototipului vehiculului și a efectuat lucrări pregătitoare legate de certificare.

La data de , autoritatea contractantă a emis documentul de ofertare. a procedat la analizarea cerințelor tehnice ale documentului de ofertă, principalii parametri tehnici ai vehiculului prototip, cum ar fi nivelul de viteză, ecartamentul, liberul, dimensiunea conturului și sarcina pe osie. Ulterior, s-a fundamentat pe designul testat pe care acesta îl deținea, proiectarea detaliată în conformitate cu cerințele tehnice. a completat schema de proiectare în conformitate cu cerințele tehnice ale documentului de licitare, a determinat furnizorii de subsisteme, a finalizat practic proiectarea subsistemelor și a abordat certificarea STI pe baza noii scheme de proiectare.

Astfel după cum a mai arătat, în vederea obținerii modelului-prototip, CRRC Sifang a efectuat deja următorii pași:

- în 20 mai 2019 prin reprezentatul acesteia cu sediul în UE a depus cererea de autorizare online la autoritatea competentă (ASFR din cadrul) cererea de eliberare a autorizației de punere în funcțiune (respectiv de tip) pentru rama electrică ofertată;

- în mai 2019, a acceptat cererea de autorizare online după ce a evaluat datele cererii și a solicitat efectuarea unor proceduri prevăzute legal, principalul aspect fiind respectarea conformității cu regulamentul STI pentru completarea autorizației online;

- în 24 mai 2019 și reprezentanții săi autorizați din UE a depus la ONFR din cadrul AFER cererea pentru verificarea conformității cu regulamentul STI și normele aplicabile în România de certificare STI la ONFR AFER;

- în august - septembrie 2019 reprezentanții AFER (inclusiv ASFR și ONFR) au efectuat o vizită la sediul pentru evaluarea capacităților acesteia de proiectare dezvoltare și producție a acestui tip de material rulant, vizită în urma căreia s-a încheiat acordul cadru și reprezentanții săi autorizați din UE au semnat acordul-cadru cu AFER pentru omologarea (verificarea conformității) și punerea în funcțiune a acestui produs

- în iunie 2019, ONFR a acceptat cererea de certificare STI după evaluarea datelor cererii;

- în iulie 2019 a lansat prototipul vehiculului. Proiectarea vehiculului va fi finalizată ianuarie 2020 și proiectul va fi depus spre analiza la ONFR din cadrul AFER.

Așadar, a inițiat deja, de un interval important de timp, demersurile de omologare a produsului.

În consecință, termenul propriu-zis de omologare de care beneficiază asocierea este unul mult mai lung, acest termen curgând din luna mai când s-a demarat procedura de omologare a produsului.

Oricum, sancțiunea pentru o eventuală nerespectarea a termenului de livrare (nu este cazul asocierii sale) este reprezentată de un remediu contractual extrem de dur. Potrivit modelului de contract pus la dispoziție de autoritatea contractantă, penalitățile de întârziere aferente sunt în cuantum de 0,1% din valoarea contractului pe zi de întârziere. Așadar, această clauză penală (extrem de semnificativă) este remediu pentru un termen asumat și depășit de un ofertant, nicidecum imaginarea unor scenarii ipotetice în scopul descalificării ofertei.

Așadar, câtă vreme asocierea sa a oferit aceste detalii autorității contractante, contestatorul precizează că simpla bănuială, de altfel nejustificată, a unui alt ofertant nu putea reprezenta sub nicio formă un temei pentru ca autoritatea să dispună solicitarea de clarificări suplimentare asocierii sale.

Pentru toate aceste considerente, contestatorul apreciază că se impune admiterea contestației, așa cum aceasta a fost formulată.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. , ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de

Autoritatea contractantă arată că, potrivit Procesului Verbal nr. (Anexa nr. 1), comisia de evaluare, numită prin decizia nr. a început analizarea Deciziei CNSC nr. primită la ARF în data de cu adresa de înaintare și înregistrată la ARF sub nr. .

Conform procesului verbal anterior menționat, membrii comisei de evaluare au concluzionat asupra următoarelor necesități:

- revenirea procedurii ce face obiectul anunțului de participare publicat cu nr. , din starea de suspendare în care se află în SICAP;

- publicarea Deciziei CNSC nr. în SICAP, conform reglementărilor în vigoare;

- necesitatea de a solicita celor trei ofertanți de a prezenta în SICAP până la data de și în original la sediul autorității cel mai târziu până la data de , documentele care atestă prelungirea termenului de valabilitate a garanției de participare până la data de 20.04.2020;

- necesitatea de a solicita celor trei ofertanți de a prezenta în SICAP, cel mai târziu până la data de , documentele care atestă prelungirea valabilității ofertei până la data de .

Conform solicitărilor de clarificări: nr. (Anexa nr. 2); nr. (Anexa nr. 3) și nr. (Anexa nr. 4), încărcate în SICAP, comisia de evaluare a pus în aplicare cele menționate în Procesul Verbal nr. .

Potrivit Procesului Verbal nr. (Anexa nr. 5), comisia de evaluare a continuat analizarea Deciziei CNSC nr. din . Pentru a pune în aplicare, în primă fază, primele două măsuri dispuse de CNSC, membrii comisei de evaluare au concluzionat asupra următoarelor necesități:

- anularea proceselor-verbale nr. (privind evaluarea propunerilor tehnice) și nr. (privind evaluarea propunerilor financiare), a tuturor actelor și comunicărilor subsecvente acestora, precum și anularea tuturor mențiunilor din actele anterioare emise de Autoritatea pentru Reforma Feroviară prin care s-au consemnat și s-au acceptat valorile prezentate de ofertanți pentru consumul de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără calatori, în condițiile stabilite la capitolul 3.27(Pct. 11.7 din Caietul de sarcini);

- revenirea procedurii, în SICAP, în etapa de evaluare tehnică și continuarea procedurii;

- necesitatea de a solicita ofertantului ., Ltd. - Liderul Asocierii Ltd ., prezentarea:

- i. de documente suplimentare privind îndeplinirea cerinței de la pct. 1.2.1 din caietul de sarcini, prin care autoritatea contractantă a impus ca vehiculul să fie bazat pe „un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în caietul de sarcini”;

- ii. unui calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes.

Conform solicitării de clarificări nr. (Anexa nr. 6), încărcată în SICAP, comisia de evaluare a pus în aplicare cele menționate în Procesul Verbal nr. , solicitând ofertantului ca încărcarea documentelor doveditoare

în SICAP, să se facă până la data de , cu semnătură electronică extinsă, bazat pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat;

În data , Co., Ltd., în calitate de lider al Asocierii S.A., a transmis direct pe e-mail (Anexa nr. 7) solicitarea, neînregistrată și nedată de emitent, de prelungire a termenului de răspuns la solicitarea de clarificare nr. (Anexa nr. 8).

În data , autoritatea arată că a încărcat în SICAP, sub nr. CN , solicitarea sa nr. (Anexa nr. 9), în care, având în vedere prevederile legale în vigoare și faptul că această procedură de achiziție publică este on line, a solicitat ofertantului (Asocierii S.A.) ca răspunsul, la solicitarea de clarificări nr. , să fie transmis în SICAP în format electronic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Autoritatea contractantă precizează că acest proiect de achiziție publică de material rulant, Lot 1 - RE-R noi, este foarte important atât pentru sistemul feroviar național, cât și la nivel macroeconomic, prin introducerea noilor tehnologii (estimând că o parte din aceste rame electrice regionale ar putea fi executate / asamblate și în România prin includerea unor firme locale în parteneriatele respective), respectiv prin crearea unor noi locuri de muncă, având în vedere că proiectul include și asigurarea mentenanței pe o perioadă de 15 ani, cu posibilitatea extinderii acestuia la 30 de ani.

A.R.F. a fost înființată în scopul îndeplinirii de către România a condiționalităților ex-ante, inclusiv pentru sectorul feroviar, în caz contrar se risca suspendarea/întreruperea fondurilor alocate în cadrul Programului Operațional Infrastructură Mare 2014-2020 pentru sectorul feroviar, în valoare de aproximativ 1,280 miliarde euro, și a sumei de 1,200 miliarde euro în cadrul Mecanismului de interconectare a Europei.

În conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. , modificată și aprobată prin Legea nr. 53/2017, achiziționarea de material rulant necesar efectuării transportului feroviar public de călători, în condițiile legii de către A.R.F., este o cheltuială eligibilă aferentă proiectelor ce poate fi decontată în cadrul Programului Operațional Infrastructură Mare pentru perioada de programare 2014-2020.

Sursa de finanțare a acestei achiziții, care este un proiect major conform Ghidului solicitantului (titlu proiect: „Coeziune Europeană și Dezvoltare Regională prin creșterea calității serviciilor de transport feroviar de călători în România”) este asigurată astfel:

- 85% din suma necesară achiziției - Fonduri UE nerambursabile - POIM 2014-2020
- 15% din suma necesară achiziției - Bufetul de stat.

Accesarea fondurilor europene de către statul Român, prin MTIC-ARF, din Programul Operațional Infrastructură Mare pentru perioada de programare 2014- 2020, se poate face numai până la data de motiv pentru care ARF a inițiat cu celeritate toate demersurile legale necesare pentru a pune în aplicare, în cel mai scurt timp posibil, măsurile dispuse de CNSC prin Decizia nr. .

Având în vedere cele anterior menționate și documentele doveditoare anexate, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată contestația depusă de .

Totodată, autoritatea contractantă solicită Consiliului să-i transmită o copie a documentului care atestă următoarele:

- cauțiunea a fost constituită în prealabil depunerii contestației – conform prevederilor art. 13, alin.2 din Legea nr. 101/2016, actualizată;
- cauțiunea a fost constituită în sumă de 880.000 lei, având în vedere faza procedurii în care a fost depusă contestația, pentru a verifica dacă a fost depusă la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția instanței - conform prevederilor art. 13, alin.2, lit. d) coroborat cu prevederile art. 13 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, actualizat.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. / , ... a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat: admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată, cu consecința respingerii ca neîntemeiată a contestației formulată de către SA privind anularea solicitării de clarificări nr. emisă de autoritatea contractantă și a procesului-verbal nr. , precum și a tuturor actelor subsecvente.

I. Admisibilitatea cererii de intervenție

..... arată că dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 reglementează posibilitatea operatorilor economici participanți la procedura de atribuire de a promova cerere de intervenție față de contestația înregistrată pe rolul Consiliului. Pornind de la dispozițiile art. 61 din Codul de procedură civilă, în doctrină s-a stabilit că, pentru promovarea cererii de intervenție, este suficient ca terțul intervenient să justifice „introducerea în proces în scopul apărării unui drept al său”.

Mai mult, în caracterizarea noțiunii de interes propriu al intervenientului accesoriu, literatura juridică a apreciat că: *„interesul intervenientului este unul preventiv și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principală”*. Prin urmare, terțul intervine în proces pentru ca, prin apărările pe care le face, să se pronunțe o soluție în favoarea părții pentru care a intervenit.

Intervenientul arată că interesul său legitim în promovarea cererii de intervenție este evident și de necontestat, având în vedere că:

- În urma verificărilor propunerilor tehnice și financiare, autoritatea contractantă a reținut că oferta este admisibilă și conformă. Astfel, este ofertant declarat admis în cadrul procedurii de atribuire atât urmare a evaluării propunerii tehnice, cât și a propunerii financiare. Nicio critică formulată față de oferta nu a fost admisă și, prin urmare, ulterior pronunțării Deciziei CNSC, oferta și-a menținut caracterul admisibil și conform.

- a promovat contestație, înregistrată pe rolul Consiliului sub nr. , prin care a demonstrat neconformitățile ofertei depuse de față de cerințele impuse de caietul de sarcini; clarificarea a cărei anulare se

dorește prin prezenta contestație este tocmai consecința confirmării criticilor privind oferta

- Actele contestate în prezenta cauză au fost emise de către autoritatea contractantă urmare a punerii în aplicare a Deciziei CNSC pronunțată în dosarul nr. la care au fost conexe dosarele nr. și nr. . Concret, toate actele contestate în prezenta cauză au fost emise urmare a punerii în aplicare a Deciziei pronunțată în dosarele ce aveau ca obiect contestațiile promovate de și S.R.L. („").

Așadar, ustifică un interes legitim în a combate criticile invocate de către și împotriva actelor prin care autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia CNSC pronunțată urmare a formulării de către a contestației ce a format obiectul dosarului nr. .

II. Argumentația în drept

Intervenientul se opune argumentelor pentru care și critică legalitatea Deciziei CNSC, respectiv a măsurilor dispuse prin clarificarea contestată și confirmă faptul că aceste aspecte sunt dezbătute și în cadrul plângerilor aflate, în prezent, pe rolul Curții de Apel

Punctual, raportat la aspectele expuse prin contestație, intervenientul solicită Consiliului să observe că:

A. Autoritatea contractantă nu a suplimentat documentația de atribuire în maniera descrisă de către CRRC prin contestație. Solicitarea de clarificări vizează verificarea conformității ofertei CRRC în deplină concordanță cu cerințele pre-existente care nu au fost în niciun fel ajustate de către CNSC.

Intervenientul arată că pretinde că verificarea conformității ofertei sale s-ar fi realizat cu luarea în considerare a unor cerințe inexistente. În esență, susține că simpla sa declarație privind încadrarea în parametrii tehnici specifici ar fi suficientă pentru stabilirea conformității ofertei și posibilității obiective de respectare. omite, însă, faptul că permisiunea de a declara nu echivalează cu permisiunea de a declara orice; a declara și a declara corect sunt două chestiuni diferite.

În legătură cu această primă argumentație, intervenientul arată că:

A.1 Simpla declarație a unui ofertant nu poate reprezenta dovada absolută a respectării cerințelor impuse prin documentația de atribuire

Intervenientul arată că și propune să convingă că, prin simpla sa declarație de conformitate, cerințele esențialmente tehnice impuse prin documentația de atribuire trebuie considerate absolut respectate, nicio altă probă nefiind necesară, nicio altă probă contrară nefiind permisă. Cu alte cuvinte, pentru că avea dreptul de a depune o declarație, pretinde că ar fi putut declara orice.

Mai mult, față de probele contrare efectiv administrate de către și în contestațiile formulate, intervenientul arată că pretinde că ar trebui să subziste forța probantă a propriei declarații pentru simplul fapt că nu identifică, în cuprinsul documentației de atribuire, o obligație expresă de a proba cele exclusiv declarate. O astfel de obligație nu trebuie scrisă.

Intervenientul precizează că susținerile contestatorului trebuie respinse în considerarea multiplelor argumente care, coroborat, relevă, în special, pericolul creat printr-o eventuală validare a acestei practici de a

declara absolut orice, oricând. Astfel, intervenientul se întreabă că dacă un operator economic poate declara în scopul ofertării orice, nefiind supus niciunei verificări/niciunui filtru de autenticitate a propriei declarații și niciunei discuții privind corectitudinea celor declarate, ce rost mai are procedura de evaluare însăși.

Astfel, intervenientul solicită Consiliului ca, respingând argumentația CRRC, să rețină că punerea în aplicare a deciziei sale reprezintă un demers corect (de altfel, obligatoriu), nu numai datorită faptului că legea prevede în mod expres punerea în aplicare a deciziilor Consiliului, ci și în considerarea următoarelor aspecte care vizează chiar măsurile ordonate de către Consiliu, respectiv preluate în clarificarea contestată:

a) Obligația de a proba îndeplinirea unei cerințe de conformitate există și e absolut normal și necesar să existe (relevante în acest sens fiind pct. 11.7 [Condiții de întocmire] din Caietul de sarcini și pct. 1.2.1 [Domeniul de aplicare] din Caietul de sarcini); o cerință de conformitate a propunerii tehnice este extrem de importantă în evaluare, ea urmând să releve cum, exact, va implementa operatorul economic evaluat proiectul în curs de atribuire. A permite ca, exclusiv pe baza unor simple declarații, să se confirme o propunere tehnică echivalează cu anularea scopului însuși al evaluării.

Pct. 11.7 [Condiții de întocmire] din caietul de sarcini

„(...) 2. În cazul în care oferta tehnică depusă nu îndeplinește cerințele tehnice din prezentul caiet de sarcini oferta va fi declarată neconformă. [...] Având în vedere obiectul contractului ce presupune proiectarea și fabricarea RE-R, 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)”.

Pct. 1.2.1 [Domeniul de aplicare] din Caietul de sarcini:

„Furnizorul va oferi un vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini. Propunerea tehnică va include și mentenanța RE-R pe o perioadă de 15 ani (perioadă care va include obligatoriu un ciclu complet de mentenanță: revizii și reparații planificate, inclusiv o reparație majoră, capitală)”.

b) Dovada îndeplinirii cerințelor tehnice este obligatorie; atât dispozițiile legale cât și cele conținute în documentația de atribuire (devenite obligatorii prin confirmare) probează că simpla declarație a ofertantului în sensul respectării cerințelor relevă, cel mult, intenția lui de a se conforma lor, nu însă și metoda, capacitatea, posibilitatea și secvențele operaționale efective pe care acesta trebuie să probeze că le cunoaște, le aplică și le respectă pentru a atinge scopul propus.

c) La nivel jurisprudențial este confirmată obligația ofertantului de a demonstra modalitatea de îndeplinire a cerințelor tehnice, de conformitate. Exemplificativ, intervenientul solicită Consiliului să observe

câteva considerente extrase din motivări relevante pentru subiect, respectiv:

- *"Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Față de aceste aspecte Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 7 din H.G. nr. 925/2006 în sensul că scopul criteriilor de calificare și selecție este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia. În cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare". (Decizia CNSC - http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_1965.pdf)*

- *"Consiliul găsește argumentele autorității contractante drept corecte. Explicațiile ofertantului nu pot fi acceptate, din moment ce din graficul Gantt prezentat la paginile 75-82 din ofertă, întocmit prin scriere olografă de un angajat al ofertantei, rezultă că recepția are loc în luna 23, fiind prevăzute activități și în lunile 21 și 22 (pozițiile XIX, XXII, XXIV, XXV, XXVI din grafic). Astfel, termenul declarat de ofertantă este incert, din moment ce documentele sunt contradictorii. Mai mult, explicațiile contestatoarei referitoare la încetarea lucrărilor pe timp friguros și neluarea acestei perioade în calculul termenului în graficul fizic și valoric nu sunt susținute de niciun document din cadrul ofertei, astfel că explicațiile furnizate de ofertant în urma solicitării de clarificări sunt neconcludente. Nu în ultimul rând, este de remarcat că termenul de execuție este factor de evaluare, or simpla declarație a unui termen de 20 luni, fără ca ofertantul să demonstreze posibilitatea încadrării în acest termen printr-un grafic de execuție coerent, transformă oferta într-una neconformă, în temeiul cap. IV. 4.1. din caietul de sarcini, citat mai sus". (Decizia CNSC - http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_1923.pdf).*

- *"Sub acest aspect, este pertinentă susținerea... conform căreia autoritatea contractantă trebuia să se asigure că declarațiile... pot fi dovedite de acesta și nu sunt simple afirmații, aceasta neavând nicio garanție că susținerile ofertantului în discuție pot proba că deține sau nu respectivele echipamente. Or, invocarea de către autoritatea contractantă a faptului că nu a impus un număr minim de utilaje nu poate fi primită în condițiile în care aceasta trebuie să verifice că informațiile cuprinse în ofertă pot fi probate de ofertanți, scopul fiind atribuirea contractelor unor ofertanți care pot executa aceste contracte de achiziție publică, ținând seama de obiectul acestora și de complexitatea operațiunilor care se vor executa cu aceste utilaje declarate". (Decizia CNSC - http://www.cnsc.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_2154.pdf).*

A.2 Termenul de livrare a primei unități și cerința de conformitate „proven design” reprezintă două cerințe distincte, stabilite prin documentație și criticate ca atare prin contestații

Intervenientul arată că prin contestația și notele scrise subsecvent depuse, atât cât și au formulat mai multe critici; relevant este faptul că, prin critici diferite, au fost abordate separat și următoarele două aspecte: (a) nu prezintă un design anterior realizat și pus în exploatare care să respecte cerințele Caietului de Sarcini", iar (b) termenul de 18 luni indicat de către pentru livrarea primei unități, factor de evaluare de natură a influența semnificativ poziția în clasament, este imposibil de respectat din punct de vedere tehnic.

Ambele critici au fost în mod corect admise de către Consiliu; însă, deși s-ar fi impus respingerea ca neconformă a ofertei în privința căreia constata asemenea deviații, Consiliul a dispus o reevaluare cu suplimentarea documentației de ofertă a (cerință obligatorie a cărei nerespectare atrage respingerea ofertei ca neconformă). În susținerea acestui argument, intervenientul solicită a fi văzute, coroborat:

- Pct. 1.2.1 [Domeniul de aplicare] din Caietul de sarcini impune că *„furnizorul va oferi un vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini.”* și

- Art. 133 din Legea nr. 98/2016: *„Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.”*

- Art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”*

- Art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016: *„(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.*

Intervenientul arată că eșecul CNSC de a fi aplicat sancțiunea respingerii ofertei este criticat în plângerea formulată de societatea sa. Totuși, intervenientul precizează că punerea în aplicare a Deciziei CNSC nu poate fi considerată împiedicată de argumentele pe care le aduce contestatorul prin propria contestație, respectiv nu s-a adăugat nicio cerință suplimentară documentației de atribuire.

Față de ambele critici, admise, intervenientul arată că CRRC afirmă că analiza Consiliului s-ar fundamenta pe cerințe nescrise ale documentației, el depunând în scopul demonstrării îndeplinirii cerinței declarații pe propria răspundere care ar fi suficiente din punct de vedere probator. Intervenientul menționează că textele legale anterior indicate ca și dispozițiile documentației de atribuire contrazic această afirmație.

De asemenea, intervenientul menționează că evaluarea ofertei CRRC s-a realizat cu respectarea exactă a cerințelor impuse prin documentația de atribuire, singura eroare a Consiliului fiind comisă în momentul stabilirii măsurii de remediere.

În opinia intervenientului, se impunea reevaluarea în sensul respingerii ca neconforme a ofertei iar nu suplimentarea documentației sale de ofertă. Mai mult, intervenientul arată că clarificarea pe care CRRC o invocă se referă exclusiv la termenul de livrare (iar nu la cerința de

conformitate însăși). Intervenientul menționează că posibilitatea de a proba, prin declarație, un anumit aspect nu înseamnă posibilitatea de a declara parametrii complet nerealiști.

A.3 Probatoriul administrat de către și relevă contrariul celor exclusiv declarate de către

În condițiile în care probatoriul administrat de către și relevă tocmai contrariul celor exclusiv declarate de către în privința acestor două chestiuni, intervenientul precizează că, în mod corect a reținut Consiliul deviațiile ofertantului, impunându-se, însă, respingerea ofertei.

Intervenientul arată că afirmațiile sale sunt dezvoltate în cuprinsul plângerilor, corectitudinea aspectelor de fapt reținute de către Consiliu fiind, însă, probată prin aceea că:

a) Platforma este o platformă fundamental diferită (a se vedea în acest sens Anexa 2 la notele scrise depuse de – Dezvoltarea transportului feroviar pe distanțe scurte din perspectiva , articol tradus al cărui original poate fi găsit la URL) față de cea solicitată prin caietul de sarcini, diferențele semnificative față de cerințe fiind următoarele:

este un tren de tip intercivt si nu regional; această caracteristică este crucial importantă fiind vorba despre cu totul și cu totul alt tip de tren: un tren intercity este întotdeauna lung (cel puțin opt vagoane în platforma CRH6-F), are întotdeauna o accelerație la demarare mai mică (accelerația de demarare este maxim $0,8 \text{ m/s}^2$ în platforma , față de cerința caietului de sarcini de 1 m/s^2 – pag. 29 a caietului de sarcini, Cap. 2.4.2 pct. 1) și, nu în ultimul rând, are cu totul și cu totul altă concepție tehnică în ceea ce privește motorizarea (vagoanele de mijloc sunt cele care au boghiuri motoare, spre deosebire de trenurile regionale de câte trei vagoane la care boghiurile motoare, din considerente tehnice, trebuie dispuse pe vagoanele de capăt). În plus: este un tren cu podea înaltă (1250 mm, față de cerința din caietul de sarcini, de 550 mm - pag. 25 a caietului de sarcini, Cap. 2.1 pct. 11 și 12) și este un tren de gabarit larg cu lățimea carcasei de 3,3m (a se vedea în acest sens, Anexa nr. 3 la notele scrise depuse de Alstom - Modelul din seria "Armonia" a trenurilor interurbane de mare viteză (traducere după pagina de internet oficială a CRRC: față de cerința caietului de sarcini de a respecta gabaritele UIC și normele STI cu lățime maximă de 3 m (de observat aici faptul că, atât trenul Coradia ofertat de către cât și trenul Desiro ofertat de către au lățimea de 2,82 m);

- Chiar dacă intenția (de altfel neexprimată) ar fi fost de a-și baza oferta pe o platformă derivată din (trenul interurban (a se vedea în acest sens, Anexa nr. 4 la notele scrise depuse de - Seria Tren tip Bullet Train (traducere după pagina de internet: în curs de omologare în China), situația nu ar fi diferită întrucât și acest tren fundamental diferit față de cel ofertat: configurație de 4 vagoane (iar nu de 3 vagoane, așa cum s-a ofertat de către CRRC), accelerație de pornire tot mică (identică, de $0,8 \text{ m/s}^2$, față de minim 1 m/s^2 cerut prin caietul de sarcini), podea la fel de înaltă (1250 mm, față de 550 mm impusă prin caietul de sarcini) și, în fine, o caroserie la fel de largă (tot de 3,3 m, față de maximum 3 m conform Fișei UIC).

b) Termenul de 18 luni indicat pentru livrarea primei unități este complet nerealist, relevante în acest scop fiind următoarele aspecte:

- Cerințele caietului de sarcini sunt clare în legătură cu faptul că, atât trenul ca material rulant, cât și toate echipamentele de siguranță (ex. ETCS) sunt supuse normelor de interoperabilitate și drept urmare, în planificarea livrării trenului, este imperios necesar a se lua în calcul toate etapele obligatorii impuse prin directivele europene, standardele de siguranță CENELEC și legislația din România, atât în procesul de dezvoltare a produselor, cât și în procesul de autorizare al trenului;

- În cuprinsul contestației și notelor depuse în fața CNSC, au fost detaliat prezentate etapele importante care trebuie avute în vedere de către toți producătorii care doresc livrarea în Uniunea Europeană în condițiile de mai sus de interoperabilitate și siguranță, în planificarea livrării unui tren complet echipat cu toate echipamentele. Perioadele au fost chiar definite pentru cazul ideal în care totul este perfect și nu trebuie refăcut nimic, atât la nivel de dezvoltare cât și la nivel de aprobare, situație neîntâlnită vreodată în practică. S-a explicat că acest caz ideal are în vedere situația unui operator experimentat care, cunoscând uzanțele și rigorile impuse de standardele europene, depune de la început spre aprobare autorităților competente o documentație completă, încadrându-se așadar în termenele legale de emitere a aprobărilor; orice eventuală neconcordanță a documentației datorată lipsei de experiență în zona relevantă va conduce automat la prelungirea perioadelor de emitere a aprobărilor și decalarea termenelor ilustrate în tabelul prezentat în contestație pentru acest caz ideal. Intervenientul menționează că acesta a fost contextul în care a solicitat a se observa că termenul de 18 luni ofertat de către CRRC este complet nerealist prin raportare la demersurile pe care chiar un operator deja familiarizat cu rigorile impuse de standarde le-ar avea de respectat, situație față de care oferta se impunea a fi respinsă.

A.4 Validarea unui termen nerealist de livrare a primei unități va conduce la nulitatea contractului; termenul de livrare, factor de evaluare, trebuie așadar verificat atent, nefiind permisă modificarea lui pe parcursul executării Contractului

Intervenientul arată că potrivit art. 58 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 101/2016, reprezintă motiv de nulitate absolută a contractului nerespectarea factorilor de evaluare care au stat la baza declarării ofertei câștigătoare. Importanța termenului de livrare a primei unități, termen exclusiv declarat de către CRRC și demonstrat ca fiind nerealist de către și (aspect confirmat, de altfel, și de către CNSC – pag. 257 a deciziei CNSC: „*Consiliul apreciază că implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate impuse prin actele normative UE într-un timp atât de scurt, obținerea autorizației de tip a vehiculului și a autorizației de introducere pe piață a vehiculului în conformitate cu Regulamentul de aplicare (UE) 2018/545 al CE într-un timp atât de scurt, îndeplinirea cerinței prevăzută la 3.18.1 din Caietul de Sarcini (...) NU POT FI PUR ȘI SIMPLU ASUMATE*”) este cu atât mai mare cu cât, de respectarea sa, depinde însăși legalitatea contractului în curs de atribuire.

De asemenea, intervenientul precizează că clarificarea exhibită de către poate fi, eventual, avută în vedere doar atât timp cât, prin probele administrate de către contestatori, nu se relevă contrariul simplei declarații depuse de către . Faptul că i s-a permis să declare nu echivalează cu permisiunea de a declara orice sau, mai mult, cu imposibilitatea unui alt operator de a proba contrariul celor declarate de către . Or, tocmai în situația de a contrazice declarația să ne aflăm. Atât cât și au susținut și probat că, în condițiile de omologare impuse prin documentația de atribuire, este imposibilă încadrarea în termenele de livrare asumate prin ofertă.

Totodată, intervenientul menționează că Decizia Consiliului este corectă în partea care constată imposibilitatea de livrare a primei unități în termenul de 18 luni agreat; însă ea este criticată de către și din perspectiva lejerității cu care a permis acestui ofertant ca, în locul sancțiunii obligatorii (respingerea ofertei ca neconformă), să își demonstreze, totuși, posibilitatea de livrare prin modalități complet nerelevante pentru scopul evaluării, respectiv: fie prin prezentarea unui grafic (care nu e altceva decât tot o altă declarație), fie prin prezentarea capacității de livrare a unui alt operator similar (care, din nou, e nerelevantă pentru că nu acela, altul, oricare ar fi el, se află în evaluare).

Totuși, intervenientul arată că scopul acestei cereri de intervenție este acela de a invalida argumentele pentru care critică modalitatea de aplicare a Deciziei CNSC prin clarificarea pe care, pur formal, o contestă.

De asemenea, intervenientul precizează că Decizia CNSC nu încalcă nici principiile nediscriminării, egalității de tratament și transparenței (în maniera sugerată de către), nici principiul securității juridice (întrucât nu modifică documentația de atribuire în sensul suplimentării probatoriului, ci exclusiv confirmă caracterul nerealist al declarației unui ofertant) și nici nu restricționează concurența (termenul de livrare fiind asumat expres de către care, însă, trebuie să îl și poată realiza).

Că este important să îl respecte, deci necesară verificarea acestui aspect încă din evaluare, ne indică tocmai dispozițiile legale care sancționează cu nulitatea absolută (așadar, cea mai drastică sancțiune posibilă) contractul care, pe parcursul derulării sale, ar releva o nerespectare a factorilor de evaluare; cu alte cuvinte dacă declară 18 luni, acesta reprezentând un factor de evaluare în considerarea căruia s-a bucurat de un punctaj maxim în evaluarea propunerii sale tehnice și, respectiv, de prima poziție în clasament, trebuia ca, față de probele contrare administrate de către contestatori, să poată să și probeze faptul că, în execuție, nu îl va modifica. a eșuat, însă, în a demonstra acest aspect, preferând să invoce pretinsa inexistență a vreunei obligații de a proba, susține, cumva declarația sa.

În opinia intervenientului, criticile aduse deciziei CNSC de către se impun a fi respinse față de perspectiva invocării lor.

Pe de altă parte, tocmai în considerarea aspectelor deja reținute de către CNSC ca reprezentând aspecte clare (imposibilitatea de livrare), intervenientul consideră că se impune modificarea deciziei CNSC în sensul respingerii ofertei, astfel cum atât cât și solicită prin propriile plângeri.

Intervenientul arată că critica privind măsurile dispuse de către CNSC în reevaluare se fundamentează pe premisa inexistenței vreunei deviații a ofertei de la cerințele documentației de atribuire. Premisa este falsă. a deviat de la cerințe, sens în care CNSC a reținut corect următoarele aspecte:

- „Consiliul a constatat că produsul nu este verificat în exploatare (...).”;

- „Consiliul s-a confruntat și se confruntă cu afirmații contradictorii privind tipul de tren al cărui design s-ar afla la baza viitorului proiect (...) Acest aspect nu a putut fi pe deplin clarificat nici analizând oferta și nici susținerile scrise și verbale ale părților.”;

- „Consiliul apreciază că implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate impuse prin actele normative UE într-un timp atât de scurt, obținerea autorizației de tip a vehiculului și a autorizației de introducere pe piață a vehiculului în conformitate cu Regulamentul de aplicare (UE) 2018/545 al CE într-un timp atât de scurt, îndeplinirea cerinței prevăzută 3.18.1 din Caietul de Sarcini (...) NU POT FI PUR ȘI SIMPLU ASUMATE”.

Ca o consecință a constatărilor de mai sus, CNSC a dispus:

- „Consiliul, care a verificat pe lângă documentele furnizare de părțile aflate în litigiu și informații de pe site-urile oficiale, apreciază că de la această ultimă variantă de ramă electrică (...) se poate elabora o analiză corectă privind existența/inexistența unui „design dovedit și verificat în exploatare”, dar această analiză nu a fost până acum efectuată.”;

- „Consiliul va admite această critică și va dispune autorității contractante să-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, bazat pe demersuri anterioare similare finalizate cu succes. Modalitatea în care ofertantul în cauză ar putea dovedi măcar posibilitatea încadrării în termenele asumate este, în opinia Consiliului, prezentarea unor precedente, a unor exemple anterioare [...] un termen care să nu fie neapărat de 18 luni (cel asumat de CRRC) dar cel puțin apropiat de acesta, 20, 22 sau 24 de luni”.

Intervenientul precizează că, de fapt, CNSC trebuia să dispună respingerea ca neconformă a ofertei în considerarea următoarelor dispoziții:

- Art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: „Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută”;

- Art. 137 (3) din H.G. nr. 395/2016: „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini; (...)”;

- Pct. 11.7 [Condiții de întocmire] din Caietul de sarcini :

„(...) 2. În cazul în care oferta tehnică depusă nu îndeplinește cerințele tehnice din prezentul caiet de sarcini oferta va fi declarată

neconformă. Se vor respecta toate prevederile STI, standardelor naționale si europene, aplicabile acestui tip de produs.

3. (...) Respectarea condițiilor tehnice declarate de către ofertant în cadrul ofertei tehnice este condiție obligatorie pentru recepționarea unității RE-R pentru serviciul comercial.

5. (...) 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. (...)"

În niciun caz, însă, CNSC nu trebuia să respingă criticile din contestații, argumentele pentru care critică întrebarea de clarificare primită în reevaluare fiind fundamental greșite. Prin demersurile de contestare a Deciziei CNSC urmează a se tranșa dacă, în raport de deviațiile confirmate de către CNSC, oferta și se impunea a fi respinsă, așa cum în mod expres prevăd dispozițiile legale atunci când se încalcă cerințele obligatorii de conformitate a ofertelor, respectiv atunci când se declară aspecte flagrant contrazise de probatoriul administrat în cauză.

Pentru toate considerentele anterior descrise, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată și respingerea contestația formulată de către și privind anularea solicitării de clarificări nr. emisă de autoritatea contractantă și a Procesului-verbal nr. , precum și a tuturor actelor subsecvente.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, online, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Achiziție material rulant nou destinat transportului regional și suburban feroviar de călători (trenuri electrice regionale RE-R)”, cod CPV 34620000-9 (Rev.2). În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , criteriul de atribuire ales fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire au formulat contestații, ce au fost soluționate prin Decizia CNSC nr. Consiliul dispunând următoarele: „Respinge, ca nefondate, excepțiile inadmisibilității contestațiilor formulate de invocate de autoritatea contractantă privind neconstituirea cauțiunilor de către contestatori.

Admite, în parte, contestațiile formulate de AS (dosar nr. /2019) și de (dosar nr.), în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire corespunzător criticilor admise, cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici

interesați de participarea la această procedură și să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere formulate de contestatoare.

Respinge, ca nedovedit, capătul de cerere formulat de , privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată."

Ulterior, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte, respectiv
- cu subcontractant SA, Asocierea - , și Asocierea Austria, având terț susținător pe , potrivit procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. .

Potrivit procesului-verbal al ședinței de evaluare a propunerilor tehnice nr. , ofertele depuse de, Asocierea Ltd – SRL au fost declarate admisibile și conforme.

Autoritatea contractantă, ca urmare a aplicării criteriul de atribuire ales, a stabilit clasamentul ofertelor:

- oferta Asocierii SA s-a clasat pe locul I, cu un punctaj total de 89,

- oferta s-a clasat pe locul II, cu un punctaj de 78,69, iar

- oferta Asocierii SRL s-a clasat pe locul III, cu un punctaj de 78,47 puncte,

aspecte consemnate în cadrul procesului-verbal al ședinței de evaluare a propunerilor financiare nr. .

Împotriva rezultatului procedurii consemnat prin procesul-verbal al ședinței de evaluare a propunerilor tehnice nr. , procesul-verbal al ședinței de evaluare a propunerilor financiare nr. , precum și a procesului-verbal nr. al ședinței de verificare a documentelor suport/ dovezilor pentru informațiile prezentate în DUAЕ, ... și Asocierea SRL au formulat contestații ce au fost soluționate prin Decizia nr. , CNSC dispunând: „admite în parte contestația formulată de și contestația nr. formulată de SRL în contradictoriu cu, în ceea ce privește criticile privind oferta depusă de Asocierea – SA.

Dispune anularea proceselor-verbale nr (privind evaluarea propunerilor tehnice) și nr. (privind evaluarea propunerilor financiare), a tuturor actelor și comunicărilor subsecvente acestora, precum și anularea tuturor mențiunilor din actele anterioare emise de prin care s-au consemnat și s-au acceptat valorile prezentate de ofertanți pentru consumul de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27(Pct. 11.7 din Caietul de sarcini).

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, după cum urmează:

În ceea ce privește oferta depusă de asocierea Co.Ltd – SA:

- *Dispune comisiei de evaluare și experților cooptați analiza suplimentară privind îndeplinirea cerinței de la pct. 1.2.1 din caietul de sarcini, prin care autoritatea contractantă a impus ca vehiculul să fie bazat pe „un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în caietul de sarcini".*

- *Dispune comisiei de evaluare să-i solicite ofertantului CRRC-Astra un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe*

prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes, conform motivarii.

În ceea ce privește evaluarea tuturor ofertelor depuse (oferta asocierii Ltd – SA, oferta, oferta asocierii SRL - GmbH Germania -):

- Dispune comisiei de evaluare ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27(Pct. 11.7 din Caietul de sarcini), conform motivarii.

Dupa stabilirea acestei unice metode/algoritm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare oferta în parte.

Termenul pentru aducerea la îndeplinire a dispozițiilor prezentei decizii este de 60 de zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016:

Respinge ca nefondate criticile cuprinse în contestația formulată de cu privire la oferta depusă de asocieria SRL - și parțial, conform motivarii, criticile cu privire la oferta asocierii SA.

Respinge ca nefondate criticile cuprinse în contestația nr. formulată de SRL cu privire la oferta depusă de, critica privind depunerea propriei oferte și parțial, conform motivarii, criticile cu privire la oferta asocierii SA.

Respinge ca rămasă fără obiect contestația nr. formulată de SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererile de intervenție formulate de SRL cu privire la contestația depusă de, de cu privire la contestația nr. depusă de SRL și de Asocieria – SA cu privire la contestația nr. , depusă de SRL.

Respinge celelalte cereri de intervenție.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.”

Împotriva deciziei CNSC nr. s-au formulat plângeri de către:

- Co.Ltd () și SA, care constituie obiectul dosarului nr. , aflat pe rolul Curții de Apel, Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, cu termen de judecată ;

-, care constituie obiectul dosarului nr. , aflat pe rolul Curții de Apel, Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal;

- Asocieria SRL, care constituie obiectul dosarului nr. , aflat pe rolul Curții de Apel, Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal.

Ulterior, punând în aplicare Decizia Consiliului, autoritatea contractantă a reluat procedura, sens în care a întocmit procesul verbal nr. , iar prin adresa nr. a solicitat clarificări Asocierii SA, având termen de răspuns .

Împotriva solicitării de clarificări nr. , ASOCIEREA SA a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. .

Prin Încheierea nr. , Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a respins cererea de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de ASOCIEREA .

În ceea ce privește solicitarea de suspendare a soluționării, formulată de contestator, Consiliul constată că nu este întrunită situația prevăzută la art. 25 alin (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia:

„Art. 25. - (1) Consiliul, prin încheiere, poate suspenda procedura de soluționare a contestației:

a) în situația în care aceasta depinde în tot sau în parte de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți;”

În condițiile în care plângerea sau plângerile formulate împotriva deciziei CNSC nr. vor fi admise integral sau parțial iar dispozițiile obligatorii privind solicitările de clarificări adresate ofertantului ASOCIEREA SA cuprinse în decizia CNSC nr. vor fi infirmate prin decizia Curții de Apel, în mod implicit va fi anulată solicitarea de clarificări contestată. Această situație prezumptivă nu este de natură să împiedice soluționarea contestației, niciun drept al părților care face obiectul unei alte judecăți nefiind afectat de soluția pe care o va pronunța Consiliul la contestația care face obiectul prezentului dosar.

Pe fondul contestației formulate de ASOCIEREA SA, Consiliul reține următoarele:

Atât solicitarea de clarificări nr. , cât și procesul – verbal nr. reprezintă documente emise de autoritatea contractantă strict în aplicarea deciziei CNSC nr. , Consiliul neavând astfel nicio motivație legală pentru a împiedica autoritatea contractantă la aplicarea unei decizii obligatorii și totodată executorii, atâta timp cât aceasta nu a fost anulată sau modificată printr-o hotărâre a Curții de Apel.

Prin urmare, solicitarea asocierii SA de anulare a solicitării de clarificări nr. , a procesului – verbal nr., precum și a tuturor actelor subsecvente acestora va fi respinsă ca nefondată.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ASOCIEREA SA în contradictoriu cu

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ASOCIEREA SA în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

.....

MEMBRU,