

[REDACTED]

Subscrisa, [REDACTED] societate constituită și
funcționând în conformitate cu legile din [REDACTED] având sediul social în [REDACTED]
[REDACTED] reprezentată
convențional de [REDACTED], cu sediul în [REDACTED]
[REDACTED] unde vă solicităm comunicarea
tuturor actelor de procedură în prezenta cauză,

În contradictoriu cu:

METROREX S.A., cu sediul în Bd. Dinicu Golescu, nr. 38, sector 1, București, cod poștal 010873, în calitate de autoritate contractantă („Metrorex” sau „Autoritatea contractantă”),



Având în vedere:

- Procedura de atribuire, „Licitație deschisă”, organizată de Metrorex S.A., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei – Iancului”, conform anunțului de participare nr. CN1010027 / 22.03.2019 publicat pe site-ul SEAP;
- Raportul procedurii de atribuire a contractului având ca obiect achiziția de „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei – Iancului” nr. M.09.01.01 / 931 / 29.05.2020, comunicat candidatului [REDACTED] la data de 29.05.2020, prin care Metrorex a declarat oferta depusă de [REDACTED] precum și ofertele depuse de alți trei candidați ca fiind inacceptabile / neconforme și, în consecință, a declarat oferta depusă de [REDACTED] ca fiind câștigătoare („Raportul procedurii”);
- Faptul că Metrorex a reținut în Raportul procedurii că oferta depusă de [REDACTED] este considerată neconformă, în baza prevederilor art. 143 alin. 3 lit. a) din HG 394/2016, și inacceptabilă, în temeiul art. 140 alin. 5 din HG 394/2016,

În temeiul dispozițiilor art. 8 alin. 1 lit. a), art. 10, art. 26 și art. 9 alin. 4 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 („Legea nr. 101/2016”), formulăm, în termen legal, prezenta:

CONTESTAȚIE

împotriva Raportului procedurii de atribuire a contractului având ca obiect achiziția de „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei – Iancului” nr. M.09.01.01 / 931 / 29.05.2020 (în continuare „Raportul procedurii”),

prin care Autoritatea contractantă a declarat oferta [REDACTED] și ofertele altor trei candidați ca fiind inacceptabile / neconforme și, în consecință, a declarat oferta depusă de [REDACTED] ca fiind câștigătoare, solicitându-vă ca, în raport de argumentele care vor fi expuse în continuare, să admiteți Contestația și să dispuneți următoarele:

1. În principal	Să anulați, în parte, Raportul procedurii, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. a) din Legea nr. 101/2016, în privința:		
1.1.	rândului 1 din tabelul inclus de Metrorex la pagina 6/11 în secțiunea 3.2.2 intitulată „Evaluarea propunerilor tehnice” referitor la propunerea tehnică a subscrisei		
1.2.	rândului din tabelul inclus de Metrorex la pagina 8/11 în secțiunea 3.2.4 intitulată „Rezultatul evaluării ofertelor” referitor la oferta subscrisei		
1.3.	secțiunii 3.2.5 intitulată „Aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților”, punctajului obținut și a locului 1 ocupat de ofertantul [REDACTED] după evaluarea propunerii sale financiare, având în vedere că, după declararea ca fiind acceptabilă și conformă a propunerii noastre tehnice, reținând că am oferat un preț mai mic decât cel oferat de [REDACTED] în virtutea criteriului prețului / de atribuire, subscrisea suntem îndreptățiți la a fi declarată câștigător al acestei proceduri de achiziție publică.		
2. În principal	Să obligați Metrorex să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de Autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv:		
2.1.	obligarea Metrorex la reevaluarea propunerii tehnice a subscrisei, pe baza criteriilor tehnice stabilite de Metrorex prin Caietul de sarcini și cu luarea în considerare a Normativelor tehnice / Standardelor europene aplicabile în statele membre ale Uniunii Europene, în sensul constatării că oferta tehnică a subscrisei este:		
2.1.1.	<u>Acceptabilă</u> raportat la prevederile art. 140 alin. 5, alin. 7 și alin. 8 interpretat <i>per a contrario</i> din HG nr. 394/2016, pentru că:		
A.	în principal, prin Răspunsul nostru de clarificare înregistrat sub nr. M.09.01.01/2197/06.12.2019, nu am operat modificări ale valorilor propuse privind sarcina per osie și masa trenului cu 6 vagoane, valori care respectă în continuare criteriile tehnice prevăzute în Caietul de sarcini ce prevăd o sarcină maximă de 14 tone per osie în starea de încărcare EL8 și o masă a trenului de maximum 180 tone – în lumina deciziei de principiu din cauza T-211/02 - Tideland Signal v Commission și jurisprudența ulterioară în materie și raportat la prevederile art. 140 alin. 7 și alin. 8 interpretat <i>per a contrario</i> din HG nr. 394/2016.		

			B.	în primul subsidiar, prin Standardul European (EN 15663) și prin Regulamentul European nr. 1302/2014 (STI), care vin să completeze standardele tehnice enumerate în secțiunea 1.6.2. a condițiilor tehnice din Caietul de sarcini, sunt admise toleranțe (marje de eroare) de +/- 3% ale maselor materialului rulant între faza de proiectare și cea de producție.
			C.	în al doilea subsidiar, raportat la prevederile art. 140 alin. 7 și alin. 8 interpretat <i>per a contrario</i> din HG nr. 394/2016, în contextul în care cerințele privind sarcina maximă totală pe osie de 14 tone și masele propuse ale trenului sunt respectate în cazul ajustărilor maselor estimate ale sistemelor / subsistemelor suntem în prezența unei "abateri tehnice minore".
		2.1.2.	<u>Conformă</u> , raportat la prevederile art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016, pentru că prin propunerea tehnică formulată ne-am asumat și am menținut pe toată perioada procedurii de achiziție publică aceeași valoare a sarcinii per osie inclusiv pentru vagonul Mp, cu încadrarea în continuare în valoarea prag prevăzută în Caietul de sarcini, de 14 tone per osie. [REDACTED] nu a propus niciodată o valoare maximă de 14.076 kg, după cum a reținut Metrorex pentru vagonul Mp, ci 13.979 kg.	
	2.2.	obligarea Metrorex la:		
		2.2.1.	evaluarea ofertei noastre, pentru a o declara admisibilă și pentru a stabili punctajele propunerii noastre tehnice și propunerii noastre financiare, conform criteriilor din Caietul de sarcini și la	
		2.2.2.	reevaluarea ofertei [REDACTED] atât a propunerii sale tehnice, cât și a propunerii sale financiare, pentru a actualiza tabelul / clasamentul ofertelor declarate admisibile și pentru a stabili că oferta subscrisei se clasează pe primul loc, în virtutea criteriilor din Caietul de sarcini.	
3. În subsidiarul capetelor 1 și 2	Să anulați întreaga procedură de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016 ¹ dacă, analizând contestația noastră și eventualele contestații ale celorlalți ofertanți, veți concluziona că măsurile de remediere pe care le-ați putea dispune (reevaluările și evaluările propunerilor ofertanților) nu permit continuarea legală a procedurii de atribuire, raportat la principiile atribuirii contractelor de achiziție publică care sunt încălcate în procedura dedusă judecății în prezenta cauză, respectiv: - recunoașterea reciprocă, - nediscriminarea și tratamentul egal, - proporționalitatea și - transparența,			

¹ Legea nr. 101/2016, art. 26 alin. 7: „În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”

	3.1.	Astfel cum sunt consacrate în dreptul Uniunii Europene:
	3.1.1.	Primar: art. 18, 34, 35, 36, 49, 56 TFUE,
	3.1.2.	Derivat: art. 18 din Directiva 2014/24/UE
	3.2.	Astfel cum sunt consacrate în dreptul național român: art. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016 și art. 2 alin. 2 din Legea nr. 99/2016.
	3.3.	Astfel cum sunt explicate în jurisprudența europeană și națională relevantă.
4. Suspendarea procedurii de achiziție publică până la data soluționării prezentei Contestații în temeiul art. 22 - art. 23 din Legea nr. 101/2016, art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016², sub sancțiunea constatării nulității absolute a eventualului contract semnat cu ofertantul [REDACTED] în temeiul art. 9 alin. 5 prima teză din Legea nr. 101/2016³.		
5. Obligarea Metrorex și a oricărei alte părți adverse în culpă, indiferent de calitatea sa procesuală (parte principală sau intervenient), la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate subscrisei cu judecarea prezentei cauze, atât în faza soluționării contestațiilor la CNSC, cât și în faza soluționării eventualelor plângeri la Curtea de Apel București, conform art. 26 alin. 9 din Legea nr. 101/2016⁴, respectiv art. 453 din NCPC.		

Pentru a vă pronunța în sensul celor solicitate, vă rugăm să aveți în vedere următoarele:

MOTIVE

I. Elementele factuale relevante pentru analiza prezentei contestații

În fapt, în temeiul Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale („**Legea 99/2016**”), prin publicarea pe site-ul SEAP a anunțului de participare nr. CN1010027/22.03.2019, Autoritatea contractantă a inițiat procedura de licitație publică deschisă având ca obiect achiziția de „*Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei – Iancului*”, pentru încheierea unui contract de achiziții publice având o valoare estimată de 520.152.545 lei pentru 13 trenuri, cu posibilitatea suplimentării cu maximum 17 trenuri.

[REDACTED] a participat în calitate de ofertant la procedura menționată și a transmis Autorității contractante documentele solicitate conform documentației de atribuire, precum și informații suplimentare ca urmare a solicitărilor de clarificare ale Metrorex cu privire la documentele depuse de [REDACTED] în prezenta procedură.

Conform Caietului de sarcini, Secțiunea 3.1.1., pag. 23, s-au solicitat ofertanților printre altele, următoarele informații:

² Legea nr. 101/2016, art. 9 alin. 4: „Autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului privind soluționarea contestației și cu respectarea termenului de așteptare prevăzut pentru încheierea lui.”

³ Legea nr. 101/2016, art. 9 alin. 5: „Contractul încheiat cu nerespectarea prevederilor alin. (4) este lovit de nulitate absolută. Încheierea contractului anterior/ulterior formulării contestației nu împiedică soluționarea acesteia de către Consiliu.”

⁴ Legea nr. 101/2016, art. 26 alin. 9: „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.”

„Ofertantul va prezenta în oferta sa tehnică:

- *Masa propusă pentru trenul de 6 vagoane în fiecare dintre stările de încărcare ELO, EL4, EL6 și EL8;*
- *Masele estimate pentru fiecare vagon din compunerea trenului, în starea de încărcare ELO, cu precizarea masei estimative pentru fiecare sistem/subsistem*
- *Masele estimate pentru fiecare vagon din compunerea trenului, în fiecare dintre stările de încărcare ELO, EL4, EL 6 și EL8*
- *Se va lua în considerare masa medie a unui călător de 70 kg/călător”*

În cuprinsul Caietului de sarcini, Autoritatea contractantă a prevăzut o serie de cerințe tehnice minimale de la care ofertanții nu se pot abate, precizând că „Neîndeplinirea condițiilor tehnice minimale, menționate în tabelele de mai jos, reprezintă un risc asumat de către fabricant și conduce la respingerea ofertei tehnice.” (pag. 138 din Caietul de sarcini).

În tabelul la care se referă Autoritatea contractantă care cuprinde cerințele tehnice minimale - secțiunea Parametri tehnici generali, sunt enumerate după cum urmează: „3. masa trenului de 6 vagoane max. 180 tone” și „4. sarcina pe osie (caz de încărcare EL 8) max. 14 tone”. (pag. 143 din Caietul de sarcini) (a se vedea Caietul de sarcini în extras, în Anexa 1 la prezenta Contestație)

Astfel, din punct de vedere al greutății trenului, singurele cerințe impuse de către Autoritatea contractantă prin documentația tehnică au fost ca (i) masa trenului de 6 vagoane în stare de încărcare EL 0 (i.e. masa trenului fără călători) să fie de maximum 180 tone iar (ii) sarcina pe osie în stare de încărcare EL 8 (i.e. în stare de încărcare excepțională) să fie de maximum 14 tone.

IMPORTANT: Greșeala care stă la baza Raportului procedurii este aceea că Metrorex consideră că a specificat DOAR valori fixe / de neschimbat, când de fapt a impus ca valori fixe (ca valori prag maximal) doar masele totale cumulate a 6 vagoane pe cele 4 stări de încărcare (EL 0 cu trenul gol, trenul cu grade intermediare de încărcare cu pasageri, respectiv trenul la gradul maxim de încărcare), masa totală maximă a celor 6 vagoane cântărite împreună la starea de încărcare maximă (EL 8) și sarcina maximă de încărcare în medie per osie de 14 tone, la starea de încărcare EL 8 (cu trenul încărcat, sarcină excepțională).

FOARTE IMPORTANT: Toate celelalte valori / mase / criterii tehnice sunt ESTIMĂRI, NU VALORI FIXE, DE NESCHIMBAT. Deci, estimările sunt tot valori, dar care pot fi schimbate, fără ca valorile nou exprimate / prezentate Autorității contractante prin clarificările date de un ofertant să poată constitui o modificare a propunerii sale tehnice inițiale. Nu se cere în documentația de atribuire / Caietul de sarcini ca ofertanții să includă în propunerile lor tehnice doar valori fixe, și pentru masa totală cumulată a 6 vagoane, și pentru fiecare vagon, și pentru fiecare sistem / sub-sistem.

OBS.: În realitate, se cere prezentarea și asumarea unor valori fixe doar pentru greutatea totală cumulată a 6 vagoane (pagina 23 din Caietul de sarcini), pentru masa totală maximă a celor 6 vagoane cântărite împreună la starea de încărcare maximă (EL 8) și pentru sarcina maximă per osie de 14 tone - în starea de încărcare EL 8 (pagina 143 din Caietul de sarcini). Acestea sunt singurele „părți din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații”, pe care oferta inițială a fiecărui participant la procedură trebuia să le respecte, conform prevederilor art. 140 alin. 8 lit. e) din HG nr. 394/2016.

Rezultă că ofertanților le este acordată ab initio chiar de către Autoritatea contractantă

LIBERTATEA DE A ESTIMA TOATE CELELALTE VALORI PENTRU CARE NU AU FOST IMPUSE VALORI FIXE / DE TIP "PRAG MAXIMAL".

Așadar, subscrisa suntem în drept să estimăm în propunerea noastră tehnică atât masa totală a fiecărui vagon din cele 6 (unele putând fi mai grele și altele mai puțin grele), cât și masa fiecărui sistem / sub-sistem din alcătuirea acestor vagoane.

Masele cu care operează ofertanții în propunerile lor tehnice trebuie, așadar, să se încadreze în interiorul unor marje de proiectare acceptate în domeniul de activitate al proiectării și producerii de material rulant, și, mai mult, ele sunt inter-șanjabile, în sensul că:

- scăderile operate la masele totale ale unor vagoane, se pot adăuga la masele totale ale celorlalte vagoane și
- scăderile operate la masele oricărui sistem / sub-sistem din alcătuirea unui vagon, se pot adăuga la masele altor sisteme / sub-sisteme.

În considerarea cerințelor din Caietul de sarcini menționate mai sus, [REDACTAT] a furnizat Anexa 12 la oferta tehnică, care cuprinde estimarea [REDACTAT] cu privire la greutatea trenului, rezultată din însumarea unor greutăți estimate pentru fiecare sistem și sub-sistem al trenului, estimare care s-a realizat având în vedere limitele maxime impuse prin Caietul de sarcini cu privire la sarcina maximă pe osie la sarcina excepțională și greutatea maximă a trenului în integralitatea sa, neexistând și alte cerințe particulare pentru fiecare componentă în parte. Secțiunea 4 din Anexa 12 detaliază greutățile estimate, atât cu, cât și fără marja de securitate de +/- 3% avută în vedere de [REDACTAT] pentru fiecare componentă în parte („Anexa 12 inițială” – Anexa 2 la prezenta Contestație).

Prin adresa nr. M.09.01.01 / 1745 / 18.10.2019, Metrorex a transmis o solicitare de clarificare privind oferta tehnică a [REDACTAT] prin care a solicitat [REDACTAT] să clarifice neconcordanța constatată cu privire la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și cu privire la masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare, arătând că, deși în Anexa 13 masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare este de 520 kg +/- 15% și este indicat faptul că fiecare vehicul va fi prevăzut cu două unități de ventilație forțată cu refrigerare, în Anexa 12 inițială rezultă că masa unei unități de aer condiționat este de 575 kg și nu este luată în calcul decât o singură instalație pe vagon („Solicitarea de clarificare nr. 8” – Anexa 3 la prezenta Contestație).

Prin răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 8 din data de 01.11.2019, [REDACTAT] a admis că vehiculul care face obiectul ofertei dispune de două unități de ventilație forțată cu refrigerare pe fiecare vagon, fiecare cântărind 520 kg +/- 15%, și nu una de 575 kg - cum din eroare s-a menționat în Anexa 12 inițială, cele două unități de ventilație forțată cu refrigerare din fiecare vagon fiind luate în considerare întotdeauna în toate simulările și calculele declarate în oferta tehnică (Anexa 4 la prezenta Contestație) (a se vedea în acest sens Schița privind aparatele de acoperiș nr. de referință C.00.728.73.000, în care sunt cuprinse cele două unități de ventilație pe fiecare vagon în parte – Anexa 5 la prezenta), inclusiv în oferta financiară.

Ulterior, Metrorex a revenit cu o nouă solicitare de clarificări prin adresa nr. M.09.01.01 / 2108 / 26.11.2019, prin care a solicitat acceptul [REDACTAT] pentru corectarea viciilor de formă constatate în Anexa 12 inițială secțiunea 4, furnizând o situație de greutate întocmită de către Metrorex prin adăugarea la valorile estimate propuse inițial de către [REDACTAT] a unei diferențe de 465 kg, în considerarea valorii totale estimate pentru cele două unități de ventilație („Solicitarea de clarificare nr. 1” – Anexa 6 la prezenta).

Drept urmare, constatând că, calculul făcut de Metrorex este eronat întrucât nu ia în considerare faptul că

[REDACTED]

valorile greutateilor din Anexa 12 inițială sunt greutateți estimate pe care Metrorex, din contră, le-a tratat ca valori fixe nemodificabile / de neschimbat [REDACTED] prin răspunsul la clarificare din data de 05.12.2019 (Anexa 7 la prezenta) a retransmis Anexa 12 cu valori ale greutateilor ajustate / inter-șanjate pentru mai multe subansamble / sub-componente pentru a îndrepta omisiunea strecurată din greșeală, generată de modificarea greutății estimate a subansamblului de refrigerare din 575 kg în 1040 kg +/- 15%, în calculul estimat al greutateilor din Anexa 12 secțiunea 4 („Anexa 12 ulterioară” – Anexa 8 la prezenta Contestație).

În urma evaluării propunerilor tehnice, Metrorex a declarat ofertele a trei dintre cei patru candidați calificați ca fiind inacceptabile / neconforme. În privința ofertei depuse de către [REDACTED], Metrorex a considerat că oferta este:

- (i) neconformă în temeiul art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că nu ar satisface în mod corespunzător cerințele Caietului de sarcini, întrucât sarcina maximă pe osia vagonului Mp a trenului propus de 14,076 tone ar depăși valoarea maximă admisă pentru sarcina pe osie prevăzută în Caietul de sarcini și
- (ii) inacceptabilă în baza art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016, motivat de faptul că prin răspunsul la clarificare nr. M.09.01.01/2197/06.12.2019 [REDACTED] a modificat conținutul propunerii tehnice prin modificarea maselor unor subansambluri și componente ale trenului, astfel încât să respecte cerințele obligatorii privind sarcina maximă pe osie și menținerea masei totale a trenului la valoarea ofertată inițial.

Considerând nelegal și netemeinic Raportul procedurii emis de Metrorex în ceea ce privește candidatul [REDACTED] prin respingerea ofertei depusă de acesta în prezenta procedură de atribuire, [REDACTED] formulează prezenta Contestație.

II. Formularea în termen legal a Contestației și îndeplinirea obligației de depunere a unei cauțiuni

Sub acest aspect, vă rugăm să observați că prezenta Contestație a fost formulată în termenul prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, având în vedere că valoarea estimată a contractului de achiziție ce face obiectul procedurii de atribuire organizată de Metrorex excede valorii-prag prevăzută de art. 12 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 99/2016 pentru care este obligatorie publicarea anunțului de participare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, rezultă că termenul de formulare a Contestației este de 10 (zece) zile „începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal [...]”.

Așadar, având în vedere că Metrorex a adus la cunoștință [REDACTED] raportul procedurii la data de 29.05.2020, rezultă că termenul de 10 (zece) zile pentru formularea Contestației urmează a se împlini la data de 09.06.2020, respectiv la expirarea ultimei ore a acestei zile, cu consecința formulării prezentei Contestații în termen legal.

Înțelegem să depunem în termen de 3 zile de la data prezentei dovada consemnării cauțiunii, potrivit prevederilor art. 61 din Legea nr. 101/2016.

III. Temeinicia capetelor principale 1 și 2 ale Contestației. Nelegalitatea și netemeinicia Raportului procedurii cu privire la respingerea ofertei tehnice depuse de către [REDACTED] ca fiind inacceptabilă și neconformă

Subscrisa vom trata cele două capete principale ale contestației noastre, împreună, pentru că ele reprezintă două soluții pe care le poate pronunța CNSC conform art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, dacă sunt reținute ca fiind întemeiate următoarele susțineri comune.

Soluția anulării parțiale a Raportului procedurii în sine, fără a fi dispusă și realizarea unor operațiuni de către Autoritatea contractantă nu ar atinge finalitatea economică și juridică pe care subscrisa o urmărim și anume reluarea procedurii de achiziție publică de la momentul re-evaluării propunerii noastre tehnice, pentru a se constata că ea este admisibilă și pentru a fi parcursă și etapa evaluării tuturor propunerilor admisibile din perspectiva criteriului de atribuire (prețul) printre care trebuie să se numere și oferta noastră.

De aceea, cu rigoare procedurală, structurăm petitele contestației noastre în 1, 2 și 3, primele două fiind deopotrivă și indisolubil principale.

Descalificarea ofertei noastre din perspectivă tehnică este rezultatul încălcării legii de către Autoritatea contractantă, ceea ce atrage admiterea petitelui 1, iar operațiunile pe care le cerem a fi impuse de CNSC acestei autorități prin petitul 2 sunt tocmai măsurile necesare pentru restabilirea legalității.

Soluția anulării actului administrativ reprezentat de Raportul procedurii curăță activul administrativ ca prim pas logico-juridic, necesar pentru restabilirea respectării legii, iar soluția impunerii operațiunilor de reevaluare / evaluare vine să concretizeze aplicarea legii în mod corect la situația dedusă judecății.

Metrorex a făcut un singur șir de greșeli și a încălcat legea, iar subscrisa investim organul administrativ jurisdicțional cu o contestație care presupune, în fine, reluarea procedurii de achiziție publică din faza aprecierii conformității propunerii tehnice, pentru a fi parcursă și faza evaluării propunerilor financiare ale ofertelor admisibile.

III.1 Subscrisa [REDACTAT] nu am modificat propunerea tehnică prin lămuririle noastre. Decizia Autorității contractante de a declara propunerea tehnică a subscrisei ca fiind inacceptabilă este nelegală – consecințele aplicării jurisprudenței din cauza Tideland Signal v. Commission (T-211/02)

În primul rând, subscrisa criticăm greșita aplicare a legii de către Metrorex, care a condus la respingerea propunerii noastre tehnice ca inacceptabilă și, de abia într-o a doua parte, ca neconformă, pentru că raportul logic este acela conform căruia, dacă CNSC reține că subscrisa nu am modificat valorile fixe din propunerea noastră (cele indicate ca atare la paginile 23 și 143 din Caietul de sarcini și pe care le-am subliniat în secțiunea I a prezentei Contestații), atunci propunerea noastră tehnică este una și aceeași neschimbată și, deci, conformă.

OBS.: Așadar, accentul cade în mod necesar pe demonstrația neschimbării propunerii noastre tehnice prin răspunsurile noastre de clarificare.

La pag. 6/11 din Raportul procedurii - punctul 1 secțiunea 3.2.2. intitulată "Evaluarea propunerilor tehnice", Autoritatea contractantă a reținut în mod nelegal că propunerea tehnică depusă de [REDACTAT] este considerată inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016, motivând că subscrisa am fi modificat prin răspunsul la clarificare nr. M.09.01.01/2197/06.12.2019, conținutul propunerii tehnice, prin modificarea maselor unor subansambluri și componente ale trenului, urmărind, conform susținerilor sale, respectarea cerințelor obligatorii privind sarcina maxima pe osie și menținerea masei totale a trenului la valoarea ofertată inițială.

Potrivit art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016 invocat de Autoritatea contractantă, „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.”

Cu toate acestea, alin. 6 al aceluiași articol prevede în continuare că „Prin excepție de la dispozițiile alin. (5), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una dintre categoriile de mai jos: [...] b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.”

III.1.1 Conținutul propunerii noastre tehnice – baza de la care trebuie să pornească analiza

În considerarea cerințelor tehnice fixe indicate în Secțiunea I introductivă a prezentei Contestații, [REDACTED] a întocmit Anexa 12 inițială la oferta tehnică în care a prevăzut pentru fiecare tip de vagon următoarele:

1. Greutatea estimată a fiecărui sistem și a fiecărui subsistem al trenului (peste 200 de repere)

În Anexa 12 inițială – secțiunea 4 Greutatea vagonului (fără boghiuri), [REDACTED] a inserat un tabel descriptiv cuprinzând greutatea estimată a fiecărui sistem și subsistem al trenului pentru fiecare tip de vagon în parte, cu luarea în considerare a unei marje de eroare de +/- 3%. (pag. 5-9 din Anexa 12).

2. Capacitatea în număr de pasageri

	R	MP - M	TOTAL R1+MP1+M1+M2+MP2+R2
PE SCAUN/ [REDACTED]	33	39	222
IN PICIOARE/ [REDACTED] (4p/m ²)	157	166	978
TOTAL	190	205	1200

3. Greutatea boghiului

	VAGON R	VAGON MP	VAGON M
BOGHIU MOTOR	-	12.628	12.628
BOGHIU REMORCĂ DE CARPAT	4.863	-	-
BOGHIU REMORCĂ	4.773	-	-

4. Greutatea trenului de 6 vagoane (limita maximă impusă de 180 tone - doar cu privire la sarcina EL 0 - fără călători)

EL 0: TARĂ	27.999	29.870	29.519	174.776	kg
EL 4: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (4 PASAGERI/M2)	41.299	44.220	43.869	258.776	kg

EL 6: MAXIM: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (6 PASAGERI/M2)	46.759	50.030	49.679	292.936	kg
EL 8: EXCEPȚIONAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (8 PASAGERI/M2)	52.289	55.840	55.489	327.236	kg

5. Sarcina maximă propusă pe axă (limita maximă impusă de 14 tone)

EL 0	7.698	7.698	6.301	6.301	7.473	7.473	7.462	7.462	7.356	7.356	7.403	7.403
EL 4	10.645	10.645	10.004	10.004	11.014	11.014	11.096	11.096	10.898	10.898	11.037	11.037
EL 6	11.894	11.894	11.485	11.485	12.478	12.478	12.537	12.537	12.361	12.361	12.478	12.478
EL 8	13.158	13.158	12.986	12.986	13.942	13.942	13.979	13.979	13.825	13.825	13.919	13.919

Din însumarea valorilor medii indicate în tabelul de la pag. 5-9 din Anexa 12 inițială (**neluând în considerare marja de eroare de +/- 3%**) și a greutateii estimate a boghiului, a rezultat:

- greutatea unui vagon de tip R cel mai ușor în stare ELO de 27.999 kg,
- greutatea unui vagon de tip MP cel mai greu în stare ELO de 29.870 kg,
- greutatea trenului de 6 vagoane în sarcina ELO fără călători de 174.776 kg (pag. 10 din Anexa 12 inițială), adică sub limita impusă de Metrorex de 180 tone, și respectiv
- sarcina maximă pe fiecare axă în stare de încărcare EL 8 sub 14.000 kg (pag. 11 din Anexa 12 inițială) deci cu încadrarea în limita maximă impusă de Metrorex de 14 tone pe axă.

Luând în considerare marja teoretică de estimare a greutateilor componentelor întregului vagon tip R (cel mai ușor) și tip Mp (cel mai greu) de +/- 3%, observăm o plajă de variabilitate potențială a greutateii de aproximativ 840 kg/vagon, respectiv de aprox. 900 kg/vagon calculată doar într-un sens (aplicând simetric marja în ambele sensuri, variabilitatea se dublează).

În consecință, ajustarea greutateilor estimate în interiorul acestei marje trebuie permisă, estimarea totală teoretică a greutateii trenului (174,776 kg) și implicit greutatea maximă per osie asumate de către [REDACTED] nefiind modificate. Pentru evitarea oricărui dubiu, această demonstrație este făcută strict pentru a dovedi flexibilitatea unor valori estimate (orientative) în cadrul ofertei și care permit ajustări, greutateile și sarcinile maxime asumate în final de către [REDACTED] rămânând neschimbate, astfel că este exclusă interpretarea în sensul în care greutatea finală a vagonului construit ar varia cu 900 kg.

III.1.2. Solicitățile tendențioase de clarificări ale Metrorex au anticipat decizia de a ne descalifica oferta pe criteriul tehnic – învățăminte din cauza Tideland Signal nu au fost însușite de Autoritatea contractantă

Prin Solicitarea de clarificare nr. 1, Autoritatea contractantă a manifestat o atitudine tendențioasă, excedând cadrul stabilit prin documentația de atribuire, astfel cum vom arăta în cele de mai jos.

Astfel, prin Solicitarea de clarificare nr. 1, în loc să solicite clarificări cu privire la marjele estimate și să

clarifice dacă eroarea respectivă poate fi acomodată în interiorul marjelor de eroare asumate de la bun început în cadrul estimărilor, Autoritatea contractantă s-a mulțumit doar să sugereze subscrisei un calcul al greutateților estimate pentru întregul tren, conform căruia greutatețile estimate inițial de către [REDACTED] erau considerate greutateți fixe, iar diferența de greutate omisă din eroare a fost adăugată în tabelul greutateților estimate inițial, Autoritatea contractantă solicitând doar simpla confirmare de către [REDACTED] a calculului său vădit eronat.

Mai exact, Autoritatea contractantă a consemnat următoarele:

„Pe baza răspunsului furnizat la întrebarea de clarificare nr. 8, respectiv luând în considerare 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare, a câte 520kg +/- 15%, rezulta ca greutatea fără marja a vagoanelor (carcasa) va fi următoarea: Vagon – R 18828 kg, Vagon – Mp 17707 kg și Vagon – M 17356 kg.”

Rezumat al calculului greutateților	R	Mp	M	TOTAL 6 VAGOANE	
EL o: TARĂ	28.464	30.335	29.984	177.566	kg
EL 4: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (4 PASAGERI/M ₂)	41764	44685	44334	261.566	kg
EL 6: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (6 PASAGERI/M ₂)	47224	50495	50144	295.726	kg
EL 8: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (8 PASAGERI/M ₂)	52754	56305	55954	330.026	kg

solicitând totodată subscrisei să ne exprimăm acceptul cu privire la calculul său, astfel: „Va rugam sa verificați si sa confirmați acceptul privind efectuarea corecțiilor (prin implementarea informației corecte precizate în răspunsul de clarificare anterior), astfel cum au fost acestea mai sus prezentate.”

Ca urmare a acestei solicitări de clarificare [REDACTED] transmis următorul răspuns:

„Sistemul de calcul efectuat și greutatețile totale calculate de Metrorrex nu sunt corecte. După cum este indicat în răspunsul nr. 8 al primului lot de întrebări tehnice, [REDACTED] confirmă că greutatea totală în tara (EL o) este de 174,8 tone, după cum se menționează în anexa 12, partea 2.1 Cerințe Tehnice Minimale și în SICAP, secțiunea factori de evaluare a ofertei noastre livrate în luna august. În consecință, restul greutateților totale (EL 4, EL 6 și EL 8) declarate în anexa 12 și în partea 2.1 Cerințe Tehnice Minimale din oferta noastră livrată în luna august sunt corecte.”

În consecință, pentru a nu exista dubii în privința calculelor maselor estimate, [REDACTED] a efectuat rectificarea valorilor maselor estimative indicate în Anexa 12 inițială, cu luarea în considerare, de această dată, a greutateții de 1040 kg, în loc de 575 kg, sens în care a furnizat Autorității contractante o nouă Anexa 12, respectiv Anexa 12 ulterioară (Anexa 8 la prezenta Contestație), în care a procedat la recalibrarea valorilor estimate inițial, astfel încât rezultatul din Anexa 12 inițială – secțiunea 4 “Greutatea estimată a vagonului (fără boghiuri)” a rămas neschimbat și, prin urmare, și celelalte valori reprezentând greutatea trenului de 6 vagoane în sarcina EL o (fără calatori) și sarcina maximă pe fiecare axă în stare de încărcare EL 8 rămânând neschimbate.

FOARTE IMPORTANT: Având în vedere faptul că marja de estimare +/-3% a masei întregului vagon permite o fluctuație totală a valorilor furnizate în Anexa 12 inițială de aproximativ 840 kg/vagon (pentru cel mai ușor vagon), respectiv de aproximativ 900 kg/vagon (pentru cel mai greu vagon), rectificarea tabelului maselor estimative (ale tuturor sistemelor / sub-sistemelor):

- prin adăugarea unei diferențe de 465 kg (diferența dintre greutatea estimată inițial pentru sistemele de refrigerare 575 kg și greutatea estimată ulterior de 1040 kg) și
- prin ajustarea (reducerea) simetrică a maselor estimate ale altor sub-componente (în interiorul marjei totale de 3%)

nu afectează SARCINA / GREUTATEA / MASA maximă pe axă (osie) astfel cum a fost asumată de [REDACTAT] care a rămas aceeași, sub sarcina maximă pe osie impusă prin Caietul de sarcini (de 14 tone).

În orice caz, este de precizat și că valorile maselor estimative ale subansamblelor și ale boghiurilor pot / și vor suferi modificări în cursul proiectării și producției finale a trenului, în contextul avansării tehnicii și proceselor de fabricație a diferitelor componente, fapt cunoscut în industrie.

Or, este absurdă excluderea subscrisei din procedura de atribuire pe motiv că am procedat la îndreptarea unei erori prin ajustarea unor mase estimate, câtă vreme aceste mase estimate sunt, prin natura lor, modificabile.

Astfel, rigoarea excesivă cu care Metrorex a tratat modificarea unui tabel cu valori estimate ale greutateților unor subcomponente, descalificând oferta noastră ca inacceptabilă și neconformă este contrară principiilor proporționalității, tratamentului egal și transparenței și încalcă legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice, după cum vom detalia în continuare.

Ca agravantă a intenției Metrorex de a preconstitui "dovezi" în sprijinul descalificării ofertei noastre, facem și precizările că:

- Metrorex nu a inclus în Caietul de sarcini ceea ce un profesionist al domeniului ar fi impus în mod obligatoriu și anume, odată cu permiterea furnizării de valori estimate pentru masele vagoanelor / sistemelor / sub-sistemelor ar fi trebuit să impună respectarea unei marje în care să se încadreze valorile prezentate de ofertanți, cu indicarea intervalului de variație cu minus și cu plus;
- Atunci când a redactat conținutul Raportului procedurii care ne privește și ne vatămă, Metrorex nu a ținut seama nici măcar de marja de eroare de +/- 15% a greutateții unităților de ventilație, pe care subscrisa am indicat-o de la bun început în tabelul cu masele estimate ale sistemelor / sub-sistemelor.

Or, o astfel de conduită a Autorității contractante este sancționabilă prin anularea Raportului procedurii și prin impunerea efectuării unor operațiuni de reevaluare și evaluare contrare primului impuls.

Considerentele deslușite de instanțele Uniunii Europene sunt totuși clare, iar "*jurisprudența constantă*", în afară de a fi o formulă standard de redactare și fără a deveni izvor de drept, are meritul de a aduce lumină acolo unde este neclaritate și rolul de a ajuta la evitarea unor greșeli de aplicare a legii – *lato sensu*.

Ceea ce a fost consacrat la nivel de principiu în Hotărârea pronunțată în cauza T-211/02, la data de 27 septembrie 2002 (Anexa 10 la prezenta Contestatie), constituie model de acțiune impus cu strictețe înseși Comisiei Europene, astfel cum s-a întâmplat în cauza T-195/08 (Anexa 10 la prezenta Contestatie), din care

redăm esențialul pe acest aspect:

HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera a cincea)

10 decembrie 2009(*)

„Contracte de achiziții publice – Procedură comunitară de cerere de ofertă – Construirea unei săli pentru producerea de materiale de referință – Respingerea ofertei unui candidat – Acțiune în anulare – Interesul de a exercita acțiunea – Admisibilitate – Interpretarea unei condiții prevăzute în caietul de sarcini – Conformitatea unei oferte cu condițiile prevăzute în caietul de sarcini – Exercitarea competenței de a solicita precizări privind ofertele – Acțiune în despăgubire”

În cauza T-195/08,

Antwerpse Bouwwerken NV, cu sediul în Anvers (Belgia), reprezentată inițial de J. Verbist și D. de Keuster și ulterior de J. Verbist, B. van de Walle de Ghelcke și A. Vandervennet, avocați,

reclamantă,

împotriva

Comisiei Europene, reprezentată de domnul E. Manhaeve, în calitate de agent, asistat de M. Gelders, avocat,

- 56 Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care Comisia are cunoștință, arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o **putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament** (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctele 37 și 38).
- 57 Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56 de mai sus, punctul 43).

Dacă la nivelul instituțiilor Uniunii Europene jurisprudența pe un asemenea excès, de a exclude oferte inițial considerate ambigue, fără a le clarifica sau fără a lua act de clarificarea ofertantului, este foarte rar întâlnită după anii 2010 (8 ani fiind de ajuns pentru instaurarea bunei practici de a căuta cu bună credință clarificarea ofertei), se poate observa că în cazul acestei proceduri de achiziție încă se descoperă principiile sau, în cel mai indulgent caz, se aproximează.

Învățămintele hotărârii din cauza Tideland Signal sunt pur și simplu ignorate de Metrorex, ceea ce a condus la soluțiile eronate, ilogice și nelegale pe care le criticăm prin prezenta Contestație.

III.1.3. Justificarea aplicării marjei de +/-3 % potrivit practicii în materie

Având în vedere că (i) potrivit Caietului de sarcini, ofertanții trebuie să cuprindă în oferta tehnică masele estimate pentru trenul de 6 vagoane, respectiv pentru fiecare vagon (inclusiv pentru sistemele și subsistemele acestuia) și deoarece (ii) Autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația tehnică niciun criteriu privind toleranța de care ofertanții ar trebui să țină seama în privința greutăților estimate pe

[REDACTED]

care le avansează în ofertele lor, rezultă că fiecare ofertant a dispus indirect de libertatea de a stabili un sistem propriu de referință al toleranțelor pe care și le asumă pentru greutatea fiecărui tip de vagon și pentru trenul de 6 vagoane.

Astfel, [REDACTED] a elaborat Anexa 12 la oferta tehnică privind masele trenului și ale vagoanelor, asumându-și o toleranță de 3 %, în conformitate cu Standardul European EN 15663:2017+A1 și cu specificația tehnică de interoperabilitate (STI) adoptată prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 (cu toate că acesta nu este aplicabil în mod specific trenurilor de metrou, însă a fost aplicat de [REDACTED] pentru rigoare, în lipsa unei reglementări specifice în această materie).

IMPORTANT: Standardul European EN 15663:2017+A1 - Aplicații feroviare – Mase de referință ale vehiculelor definește un set de mase de referință care sunt utilizate pentru stabilirea cerințelor referitoare la proiectarea, încercarea, recepția, marcarea și exploatarea trenurilor de metrou.

FOARTE IMPORTANT: Cu privire la cerințele privind proiectarea trenurilor, standardul indicat prevede la nota 1 pag. 9 că «La inițierea unui proiect, „masa moartă” a trenului (n.n.- masa trenului construit, în stare de funcționare, fără personal și fără consumabile) este o valoare estimată cu o toleranță de fabricare bazată pe cele mai bune informații disponibile (calculare și componente măsurate, etc.). „Masa moartă” și toleranțele sunt îmbunătățite pe măsură ce proiectul se dezvoltă și sunt obținute informații mai exacte.»

Astfel, având în vedere că Metrorex nu a impus prin Caietul de sarcini o toleranță cu privire la estimarea greutateilor, [REDACTED] s-a raportat în redactarea estimărilor Anexei 12, cu bună credință și în linie cu practica în domeniu, la specificația tehnică adoptată prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 privind materialul rulant pentru locomotive și subsisteme ale materialului rulant pentru călători în Uniunea Europeană care prevede în secțiunea 6.2.3.1. (3) că se admite o variație de până la 3 % între masa declarată a vehiculului și masa totală a vehiculului cântărit.

OBS.: Prin urmare, având în vedere că o astfel de toleranță este una permisă în practică pentru materialul rulant construit, considerăm că este cu atât mai mult permisă în faza de ofertare, atunci când subsansamblele și componentele nu au fost încă proiectate și nici fabricate.

Pe de altă parte, considerăm că pentru respectarea egalității de tratament și a principiului transparenței, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească în mod explicit un sistem de referință din punct de vedere al toleranțelor admise la greutatea ofertate de către participanți, astfel încât evaluarea ofertelor tehnice să se facă prin raportare la aceleași criterii de toleranță, lucru care nu s-a întâmplat în procedura desfășurată de Metrorex.

Mai mult, Autoritatea contractantă nu a solicitat, deși ar fi trebuit, clarificări cu privire la toleranțele asumate de către [REDACTED] excluzând astfel fără nicio justificare și în mod nerezonabil posibilitatea corectării erorii [REDACTED] și ajustării greutateilor estimate în interiorul toleranței de +/- 3% (min. aprox. 880 kg) luată în considerare la masa propusă pentru fiecare tip de vagon, permițând astfel includerea diferenței estimate de 465 kg fără modificarea masei totale a vagonului / fără a se modifica sarcina maximă per osie.

Având în vedere cele precizate mai sus, considerăm că avem dreptul de a detalia propunerea noastră tehnică până la nivelul maselor sub-componentelor unui vagon, fără a se modifica sarcina maximă admisă per osie. Modificarea greutateilor estimate a unor sub-componente în interiorul unei marje totale a greutății estimate a trenului de +/- 3%, nu poate reprezenta modificarea propunerii tehnice, în înțelesul normelor de drept al

UE dar și în înțelesul legii române aplicabile procedurii de achiziție publică, câtă vreme ambele aparate de aer condiționat erau prezentate în lista de dotări a vagoanelor noastre și greutatea acestora a fost inclusă în calculul greutății totale, iar sarcina maxima per osie a rămas tot de 13,979 tone și după operarea intervenșării maselor estimate ale altor sub-componente, în interiorul marjei acceptate în industrie de +/- 3%.

III.1.4. Propunerea tehnică a subscrisei nu a fost modificată întrucât suntem în prezența unei abateri tehnice minore în sensul legii naționale - art. 140 alin. 7 și alin. 8 interpretat *per a contrario* din HG nr. 394/2016

În primul rând, așa cum rezultă din simpla comparare a conținutului secțiunii 4 din Anexa 12 inițială cu secțiunea 4 din Anexa 12 ulterioară, valoarea totală estimată de către [REDACTAT] entru greutatea trenului (fără boghiuri) a rămas aceeași, astfel încât nici rezultatul final al greutății trenului cu 6 vagoane (pag. 10 din Anexa 12), respectiv al sarcinii maxime pe fiecare axa (pag. 11 din Anexa 12) **nu a fost viciat sub nicio formă**, păstrându-se aceeași greutate ca și cea asumată inițial, cu respectarea în continuare a limitelor maxime impuse prin Caietul de sarcini.

Drept urmare, rectificarea valorilor greutăților estimative indicate în Anexa 12 inițială secțiunea 4, cu luarea în considerare de această dată a greutății de 1040 kg, în loc de 575 kg, pentru unitățile de ventilație, nu a produs nicio modificare nici cu privire la prețul total oferat care eventual să modifice clasamentul participanților la procedură, pe criteriul tehnic.

În al doilea rând, vă solicităm să constatați că luarea în calculul greutății vagonului de tip Mp (cel mai greu) a diferenței estimate de 465 kg pentru unitățile de ventilație, se încadrează în marja de eroare de 3% din greutatea vagonului Mp (aprox. 900 kg) pe care [REDACTAT] a avut-o în vedere de la început în cuprinsul ofertei tehnice și că această corectare/completare a omisiunii [REDACTAT] s-a putut realiza într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte, sens în care modificarea – dacă o numim astfel – reprezintă o abatere tehnică minoră.

În detalierea celor de mai sus, precizăm că nu suntem în niciunul dintre cazurile expres exceptate de la calificarea modificării ca abatere tehnică minoră, respectiv:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni nu depășește 1% din prețul total al ofertei și nici nu produce schimbări ale propunerii noastre financiare / a prețului oferat. De altfel, rectificarea realizată prin Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică nici nu ar avea cum să modifice prețul total al ofertei, câtă vreme nu se modifică sub nicio formă greutatea pe care am estimat-o inițial a trenului de 6 vagoane și a sarcinii maxime pe fiecare axă, greutăți care, în definitiv, sunt cele relevante din perspectiva Autorității contractante, dat fiind că limitele maxime impuse în documentația tehnică se referă doar la aceste două greutăți, iar nu la greutatea vreunui subsistem al trenului;

b) nu există nicio prevedere legală care să instituie obligații pentru Metrorex în raport de anumite praguri valorice; dimpotrivă, standardele europene în materie de proiectare a materialului rulant permit o marjă de eroare de +/- 3% din masa estimată;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, nu se poate constata că s-ar schimba clasamentul ofertanților, având în vedere că greutățile finale asumate de către [REDACTAT] nu au fost schimbate;

IMPORTANT: Câtă vreme în procedura de achiziție de față criteriul tehnic nu este punctat și nu are o pondere în punctajul final, ci doar un rol de nivel minim / prag minim peste care trebuie să se treacă pentru

a se ajunge la punctarea ofertelor / la aplicarea criteriului de atribuire (al prețului), operarea unor interșanări în interiorul marjei de +/- 3% ale maselor estimate pentru unele dintre sub-sisteme (sub-componente) nu poate produce un clasament, și cu atât mai puțin ar putea schimba vreun clasament.

Clasamentul se stabilește de abia după trierea ofertelor din perspectiva cerințelor tehnice, după ce este aplicat criteriul de atribuire.

d) modificarea greutateților unora dintre sub-componente nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, tocmai pentru că diminuarea greutateților acestora intervine în interiorul marjei de +/- 3% precizată inițial, iar subcomponentele incluse inițial în oferta tehnică se regăsesc fără excepție și în Anexa 12 ulterioară, nefăcându-se rabat de la vreuna dintre specificațiile tehnice avute în vedere inițial;

e) modificarea nu vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, cu atât mai mult cu cât oferta inițială a fost în conformitate cu aceste cerințe (cerința sarcinii maxime per osie de 14 tone a fost în tot acest răstimp păstrată neschimbată). Reamintim că singurele cerințe impuse prin documentația tehnică cu privire la greutateți sunt ca greutatea trenului cu 6 vagoane să fie de maximum 180 tone, iar sarcina maximă pe fiecare osie să nu depășească 14 tone (pag. 143 din Caietul de sarcini), cerințe pe care [REDACTED] e-a îndeplinit și menținut în oferta sa tehnică.

FOARTE IMPORTANT: Prin urmare, decizia Autorității contractante de a respinge oferta tehnică a subscrisei în temeiul art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016, este rezultatul unei analize superficiale a situației de fapt și al aplicării eronate a prevederilor legale incidente, de natură să vatăme semnificativ ofertantul [REDACTED]. Astfel, Autoritatea contractantă nu a realizat evaluarea ofertei tehnice depuse de [REDACTED] prin aplicarea integrală a prevederilor legale care reglementează această activitate a comisiei de evaluare, deși în mod judicios examinarea ne/conformității ofertei ar fi trebuit să se raporteze la întreaga plajă de posibilități acordate de legiuitor, așa cum sunt reglementate de dispozițiile art. 140 alin. (6), (7) și (8), cel din urmă interpretat *per a contrario*, din HG nr. 394/2016 și din a căror analiză ar fi rezultat în mod clar că modificarea făcută de [REDACTED] reprezintă doar o abatere tehnică minoră de natură să nu afecteze admisibilitatea ofertei tehnice depuse.

Or, Autoritatea contractantă nu a realizat evaluarea ofertei [REDACTED] prin aplicarea integrală a prevederilor legale ce reglementează această activitate a comisiei de evaluare deși, după cum în mod constant s-a pronunțat Consiliul în practica sa, examinarea ne/conformității ofertei ar fi trebuit să se raporteze la întreaga plajă de posibilități acordate de legiuitor, așa cum sunt reglementate de dispozițiile art. 140 alin. 5, 6, 7 și 8 din HG nr. 394/2016.

III.2 Propunerea tehnică a [REDACTED] a fost conformă și a rămas conformă

În completarea susținerilor din întreaga secțiune III.1, subscrisei punctăm faptul că Metrorex trebuia să rețină că valorile fixe asumate de subscrisea prin propunerea tehnică (cele indicate ca fiind fixe / valori prag maxim la paginile 23 și 143 din Caietul de sarcini) au fost și au rămas NESCHIMBATE, cu consecința logică de respectare a prevederilor Caietului de sarcini și cu consecința procedurală de a considera propunerea noastră tehnică ca fiind conformă, raportat la prevederile art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016.

IMPORTANT: Pentru a reține contrariul, Autoritatea contractantă trebuia să indice în cuprinsul Raportului procedurii, nu rezultatele calculelor sale eronate, ci valorile date de subscrisea și asumate ca atare pentru acele părți ale ofertei pentru care nu se acceptă modificări.

Astfel cum o demonstrează înscrisurile atașate prezentei Contestații și pe care Metrorex le-a avut la dispoziție în cadrul procedurii, înainte de a redacta Raportul procedurii, subscrisa am formulat propunerea tehnică / am asumat / am menținut pe toată perioada procedurii de achiziție publică, aceeași valoare prag prevăzută în Caietul de sarcini, de maximum 14 tone per osie / sarcina maximă de 14 tone per osie a vagonului Mp.

Faptul, constatat de către Metrorex prin Solicitarea de clarificare nr. 8, în sensul că în tabelul din Anexa 12 inițială – secțiunea 4 nu s-a luat în calcul decât o greutate estimată de 575 kg aferentă instalațiilor de ventilație în loc de 1040 kg, se datorează unei omisiuni care s-a produs din greșeală și care a fost remediată de către [REDACTAT] prin răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 1. De altfel, așa cum am precizat și în răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 8, [REDACTAT] a luat în considerare întotdeauna în oferta sa tehnică două unități de ventilație per vagon în toate simulările și calculele declarate în oferta (a se vedea, cu titlu de exemplu, schița de la Anexa 5 la prezenta Contestație), și inclusiv în oferta financiară, eroarea purtând strict asupra tabelului de greutate estimate ale subansamblelor ce compun carcasa vagonului.

În consecință, [REDACTAT] a efectuat rectificarea valorilor greutateilor estimative indicate în Anexa 12 inițială, cu luarea în considerare, de această dată, a greutateii estimate de 1040 kg, în loc de 575 kg, sens în care a furnizat din nou Autorității contractante o nouă Anexa 12 (Anexa 12 ulterioară), în care a procedat la recalibrarea valorilor estimate inițial pentru a dovedi posibilitatea păstrării respectivei estimări și greutatei finale, astfel încât rezultatul din Anexa 12 inițială – secțiunea 4 Greutatea estimată a vagonului (fără boghiuri) a rămas neschimbat și prin urmare și celelalte valori reprezentând greutatea trenului de 6 vagoane în sarcina ELO, fără călători, și sarcina maximă pe fiecare axă în stare de încărcare EL 8 rămânând neschimbate.

Având în vedere faptul că marja de +/- 3% a estimării greutateilor întregului vagon permite o fluctuație a greutateilor orientative furnizate în Anexa 12 de aproximativ 840 kg/vagon, rectificarea tabelului greutateilor estimative prin adăugarea unei valori de 465 kg se încadrează în această marjă de eroare, nefiind necesară schimbarea maselor propuse din tabelul conținut în Anexa 12 inițială sau ulterioară, greutatea maximă pe axă rămânând sub cea impusă de 14 tone.

OBS.: Cu toate acestea, Autoritatea contractantă nu a înțeles să evalueze cu mai multa diligență și cu bună credință abaterea sus-menționată în lumina propriilor criterii orientative și cerând clarificări suplimentare, ci a procedat direct la declararea ofertei [REDACTAT] ca fiind neconformă și inacceptabilă, venind astfel în contradicție cu practica și legislația în materie de achiziții publice precum și cu cele statuate în jurisprudența internă și internațională.

Astfel cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice „[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o oferta în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri [...]”⁵

Totodată, în raport de principiul proporționalității, s-a reținut în practica internațională:

„Ca expresie a principiului proporționalității trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea

⁵ Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, cauza T-211/02 Tideland Signal v Comisia

ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”⁶, sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite drept o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

De asemenea, din perspectiva dreptului intern aplicabil procedurii de față, invocăm prevederile art. 221 alin. 1 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia:

„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea 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/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

În plus, conform art. 133 alin. 1 din HG nr. 394/2016, printre atribuțiile comisiei de evaluare se numără și: (e) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini; (i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;”, sens în care prevede și art. 139 din HG 394/2016 conform căruia „(1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.”

Având în vedere prevederile enunțate mai sus, se poate deduce cu ușurință faptul că legiuitorul impune – dacă nu explicit, cel puțin implicit, condiția ca orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte să fie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia raportat la cerințele din documentația de atribuire și pe probe concludente, iar nu pe documente contradictorii sau insuficiente. De altfel, dispozițiile art. 133 alin. 1 din HG nr. 394/2016 trebuie interpretate în favoarea ofertantului, iar nu împotriva acestuia.

De asemenea, în acord cu principiul legalității și al bunei administrări, conform căruia autoritățile publice, instituțiile publice, companiile naționale, regiile autonome de interes național și local precum și societățile naționale cu capital de stat sunt datorate să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad de profesionalism ridicat, în condiții de eficiență, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor, Autoritatea contractantă are obligația să verifice cu atenție toate elementele de care depinde admisibilitatea unei oferte, apelând inclusiv la solicitarea de clarificări relevante în cauză.

În jurisprudență, s-a reținut că „reprezintă o atitudine total abuziva declararea unei oferte ca fiind neconforma pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date cuprinse de aceasta. Prin prisma interesului care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lamuriri suplimentare se impune cu forta evidentei fiind preferabila unei solutii de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile fara solicitarea vreunei lamuriri suplimentare”⁷.

⁶ Hotărârea Curții din 5 mai 1998, cauza C-157/96 National Farmer's union și alții, pct. 60

⁷ Decizia 387/2010 pronunțată de Curtea de apel Cluj

În același sens, Curtea de apel București a reținut într-o altă cauză⁸ că autoritatea contractantă trebuie să manifeste implicare în desfășurarea procedurilor de atribuire și să aibă un rol activ prin solicitarea de clarificări, astfel încât să dea valoare principiului unei corecte și responsabile gestionări a fondurilor din care urmează a se finanța contractul de achiziție publică.

De asemenea, într-o altă decizie, Curtea de Apel București⁹ a reținut că:

„Este adevărat că dispozițiile legale enunțate, ca și dispozițiile art. 35 din același act normativ, invocate de autoritatea contractantă, fac vorbire despre un drept al autorității contractante de a solicita detalii, precizări sau confirmări, iar nu despre o obligație, dar acest drept trebuie exercitat cu bună credință și în considerarea tuturor dispozițiilor din materia achizițiilor publice, iar nu discreționar. Relevante în acest sens se rețin a fi prevederile art. 2 din ordonanță, care stabilesc scopul actului normativ, printre care se regăsește și acela al promovării concurenței între operatorii economici și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice, printre care se regăsesc și cele ale tratamentului egal și eficienței utilizării fondurilor publice. Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.”

IV. Temeinicia capătului 3 de cerere – pe care îl susținem în subsidiarul capetelor 1 și 2 de cerere

În subsidiarul capetelor de cerere 1 și 2 de mai sus, subscrisa vă solicităm să anulați întreaga procedură de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016¹⁰ dacă, analizând contestația noastră și eventualele contestații ale celorlalți ofertanți, veți concluziona că măsurile de remediere pe care le puteți dispune (reevaluările și evaluările propunerilor ofertanților) nu permit continuarea legală a procedurii de atribuire, raportat la principiile atribuirii contractelor de achiziție publică:

- libera circulație a bunurilor și serviciilor,
- recunoașterea reciprocă,
- nediscriminarea și tratamentul egal,
- proporționalitatea,
- transparența¹¹ și
- asumarea răspunderii (ultimul fiind adăugat de legiuitorul național, având un specific intern).

Aceste principii rezultă din normele dreptului primar al Uniunii Europene (art. 18, 34, 35, 36, 49, 56 TFUE¹²) / din normele dreptului derivat al Uniunii Europene (art. 18 din Directiva 2014/24/UE) și din normele dreptului material român (art. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016 și art. 2 alin. 2 din Legea nr. 99/2016), astfel cum sunt explicate în jurisprudența europeană și națională relevantă.

Principiile care guvernează achizițiile publice menționate în Directive reprezintă o concretizare a

⁸ Decizia nr. 92 din 24 ianuarie 2011 a Curții de apel București Secția VIII contencios administrativ și fiscal

⁹ Decizia nr. 2164 din 24 mai 2012 a Curții de apel București Secția VII contencios administrativ și fiscal

¹⁰ Legea 101/2016, art. 26 alin. 7 *“În cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.”*

¹¹ Principiile sunt prezentate în această ordine în contribuția lui A. Semple, ‘A practical guide to public procurement’, Oxford University Press 2015

¹² Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene

principiilor exprimate în TFUE, adaptate la specificul achizițiilor publice.

Pentru admiterea prezentei contestații în privința capătului 3 de cerere este necesară, în primul rând, înțelegerea unor concepte juridice complexe cum ar fi „criterii care nu conferă o libertate absolută de alegere”, „criterii care să aibă legătura cu obiectul contractului”, „criterii nediscriminatorii și obiective” sau „asigurarea concurenței în mod efectiv”, știind că acestea nu pot fi înțelese fără a recurge la principiile din Tratat – libertatea de circulație a bunurilor și serviciilor, transparență, nediscriminare, proporționalitate.

Prezumția este că legiuitorul român a avut în vedere aceste principii, atunci când a operat cu noțiunile omogene, și în general, atunci când a redactat normele naționale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În prezent, după intrarea în vigoare a ultimei generații de Directive privind achizițiile publice și a pachetului legislativ național de transpunere, aplicabilitatea generală a principiilor TFUE, chiar și contractelor excluse de la regimul Directivelor, este stabilită în mod clar. Considerentul 1 al Directivei 2014/24/UE precizează că:

„Atribuirea contractelor de achiziții publice de către sau în numele autorităților statelor membre trebuie să respecte principiile Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Cu toate acestea, pentru contractele de achiziții publice care depășesc o anumită valoare, ar trebui elaborate dispoziții pentru coordonarea procedurilor de achiziții publice naționale, pentru ca principiile respective să fie transpuse în practică și achizițiile publice să fie deschise concurenței.”

IMPORTANT: În cazul procedurii de față, subscrisa apreciem că Metrorex a încălcat principiile privind:

- recunoașterea reciprocă,
- nediscriminarea și tratamentul egal,
- proporționalitatea și
- transparența.

FOARTE IMPORTANT: Dispunerea oricăror reevaluări și evaluări ale oricăror propuneri tehnice și/sau financiare nu pot asigura că arbitrariul aprecierilor/interpretărilor Autorității contractante nu se va repeta, câtă vreme cel puțin criteriile de evaluare a propunerilor tehnice rămân ambigue/echivoce și pot conduce la noi interpelări artificiale ale ofertanților cu privire la valorile/masele altor sub-componente ale trenurilor din oferte.

Câtă vreme Metrorex nu a impus tuturor ofertanților ab initio una și aceeași structură în care să își prezinte propunerile tehnice, cu valori minime și maxime pentru masele sub-componentelor și cu indicarea clară a părților din ofertă pentru care documentația de atribuire exclude posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, indiferent ce măsură de remediere ar impune CNSC, este imposibilă continuarea procedurii de atribuire în condiții de legalitate.

Din cuprinsul Raportului procedurii se poate deduce cu ușurință că pe baza aceleiași documentații de atribuire/acelorași criterii tehnice, patru din cinci ofertanți au avut alte interpretări decât cea a Autorității contractante. Această împrejurare este, totuși, o dovadă per se a faptului că avem de-a face cu o greșeală de concepție a întregii proceduri care este imputabilă exclusiv organizatorului acesteia.

În această ordine de idei, subliniem că nimic nu va împiedica Autoritatea contractantă să considere că alte mase ale altor sub-componente nu au fost și ele modificate și că aceasta ar reprezenta tot o modificare a propunerii tehnice.

O modalitate în care acest rezultat/blocaj al întregii proceduri ar fi putut fi evitat ar fi fost, de exemplu, aceea de a indica toți parametrii tehnici pentru care ofertanții trebuie să își asume valori fixe, pentru a stabili că pentru toți ceilalți parametri se pot prezenta valori estimate cu un minim și un maxim conform standardelor de proiectare folosite/aplicabile pentru materialul rulant. O astfel de manieră de a cere oferte tehnice ar fi fost dovada supremă a profesionalismului Autorității contractante, în sensul propriu al cuvântului: respectiv trasarea unor cerințe tehnice de către un profesionist, pentru profesioniști.

Astfel, ar fi fost evitată situația din procedura de achiziție ce face obiectul criticilor acestui al doilea capăt de cerere, în care Autoritatea contractantă a permis formal folosirea unor valori estimate (fără indicarea marjei permise pentru estimări - inerentă însăși ideii de estimare), pentru ca, la momentul solicitării de lămuriri - deja, să pună problema ca și cum valorile estimate ar fi trebuit să fie fixe (de neschimbat).

Metrorex a distorsionat cu rea credință natura valorilor tehnice în raport de care toți ofertanții puteam să ne construim propunerea tehnică, lăsându-ne să credem că putem folosi valori estimate conform standardelor europene folosite în proiectarea materialului rulant, pentru a se răzgândi subit și arbitrar în sensul că TOATE valorile tehnice ar fi trebuit să fie fixe/de neschimbat.

În cazul subscrisei, Autoritatea contractantă ar fi trebuit să își respecte propriile cerințe tehnice și, observând că masele sub-componentelor pot fi ajustate în interiorul marjei de +/- 3%, să permită interșanjarile valorilor estimate de subscrisa, câtă vreme valoarea fixă de 14 tone per osie nu era modificată.

IV.1. Încălcarea principiului recunoașterii reciproce de către Metrorex

Pentru ipoteza în care Autoritatea contractantă se va apăra față de prezenta Contestație susținând că nu ar exista sau nu ar fi aplicabile standarde relevante conform normelor de drept ale Uniunii Europene, subscrisa arătăm că, prin Raportul procedurii, Metrorex trece, practic, în revistă toate încălcările principiului recunoașterii reciproce.

Considerăm că un profesionist al acestui domeniu de activitate nu poate nega nici existența și nici incidența standardelor europene. De aceea, prezenta sub-secțiune are doar rolul de a demonstra inutilitatea adoptării unei astfel de poziții procesuale de către pârâtă.

În definiția lui sintetică, principiul recunoașterii reciproce presupune ca bunurile produse sau comercializate în mod legal într-un stat membru să fie acceptate la vânzare în restul Uniunii Europene; în cazul serviciilor, principiul recunoașterii reciproce impune recunoașterea unor standarde diferite în alte state membre.¹³

Inițial, principiul recunoașterii reciproce a fost elaborat în jurisprudența CJUE, în special prin cunoscuta hotărâre pronunțată în cauza „*Cassis de Dijon*”¹⁴. Ulterior, principiul a dobândit recunoaștere legislativă în diverse materii ale dreptului CE/UE.

În principiu, un stat membru nu poate interzice sau restrânge vânzarea pe teritoriul său a mărfurilor produse și comercializate legal într-un alt stat membru, chiar în situația în care aceste mărfuri sunt produse

¹³ A se vedea mai multe pe această temă în A. Semple, op.cit. p. 39

¹⁴ Hotărârea din 20 februarie 1979, cauza 120/78 Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec. 1979. n. 649

în conformitate cu specificații tehnice sau cantitative care diferă de cele cerute pentru propriile sale mărfuri. La baza acestei reguli se situează art. 34 privind MEERC. Cu toate acestea, statul membru poate deroga de la acest principiu și poate lua măsuri de interdicere sau de restrângere a accesului acestor mărfuri pe piața națională, doar în situația în care aceste măsuri sunt necesare, proporționale și justificate prin motivele enumerate la art. 36 TFUE referitoare la morală publică, ordinea publică, siguranța publică, protecția sănătății și a vieții persoanelor și animalelor sau conservarea plantelor, protecția patrimoniului național, protecția proprietății industriale și comerciale.¹⁵

În contextul achizițiilor publice, recunoașterea reciprocă presupune acceptarea de către autoritatea contractantă a (i) produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, (ii) diplomelor, certificatelor și a oricăror documente emise de autoritățile competente din alte state și (iii) **specificațiilor tehnice** echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Rolul și obligativitatea standardelor europene în aprecierea conformității tehnice a unei oferte este deslușit în mod clar de CJUE în cauza *Medipac*¹⁶. În cauză, atât Avocatul General Sharpston, cât și Curtea au dat dreptate operatorului economic, urmând următoarea linie de raționament, din Concluziile Avocatului General:

„58. În primul rând, *Medipac* susține că, în cazul în care există un sistem european care prevede standarde tehnice și proceduri de certificare pentru produse, autoritățile contractante au posibilitatea să analizeze conformitatea tehnică a acestor produse numai prin trimitere la aceste standarde.

59. În al doilea rând, prin respingerea ofertei *Medipac* pentru motivul că suturile nu erau satisfăcătoare din punct de vedere tehnic, **spitalul a modificat criteriile inițiale specificate în anunțul de participare, încălcând astfel principiile transparenței, egalității de tratament, încrederii legitime și liberei concurențe.**

[...]

62. În al cincilea rând, **în măsura în care spitalul a constatat că ar fi trebuit furnizate specificații diferite sau mai detaliate, ar fi trebuit fie să retragă anunțul inițial de participare și să emită un nou anunț de participare, care să permită atribuirea contractului pe baza ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, fie să fi utilizat procedura de negociere directă, fie să fi invocat articolul 8 sau articolul 18 din Directiva privind dispozitivele medicale, în conformitate cu normele naționale de transpunere a acestei directive.**”

Mutatis mutandis, dacă există standarde europene care permit proiectarea materialului rulant cu o marjă de +/- 3%, iar aceste standarde sunt și respectate în practica statului membru căruia îi aparține un ofertant, în cazul nostru, [redacted] atunci propunerea tehnică structurată conform acestor standarde trebuia să fie luată în calcul ca atare – cu permiterea folosirii unor valori estimate pentru masele sub-componentelor unui vagon de tip Mp.

¹⁵ A se vedea această temă în limba română A. Dobres, HOTĂRÂREA „CASSIS DE DIJON” A CURȚII DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE. PRINCIPIUL RECUNOAȘTERII RECIPROCE ÎN DREPTUL COMUNITAR, disponibil aici http://www.cdep.ro/afaceri_europene/afeur/2009/pb_2170.pdf (accesat martie 2019); pe larg în limba română a se vedea și Frédérique Ferrand, *Recunoașterea reciprocă – Principalele instrumente comunitare I*, Publicat în Revista Română de Executare Silită cu numărul 3 din data de 31 martie 2009

¹⁶ Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-06/05, *Medipac-Kazantzidis AE v Venizeleio-Pananeio* (PE.S.Y. KRITIS), ECLI:EU:C:2007:337; În această cauză, spitalul general din Heraklion lansase o cerere de ofertă pentru aprovizionarea acestuia cu materiale de suturi chirurgicale. Anunțul preciza că acestea trebuiau să fie certificate ca fiind în conformitate cu Farmacopeea europeană și să poarte marcajul CE. *Medipac* făcea parte dintre cele nouă societăți care au depus oferte. Materialele pe care *Medipac* își propunea să le furnizeze purtau marcajul menționat. Cu toate acestea, comisia care a analizat ofertele a preluat solicitările medicilor din spital care au arătat că materialele oferite de *Medipac* nu corespundeau anumitor standarde de performanță, mai precis că nodurile efectuate cu materiale de tipul PGA se dezlegau în mod spontan și se închideau prematur, că se îndoiu și se rupeau frecvent, iar caracteristicile de stabilitate a suturilor erau insuficiente. *Medipac* a introdus o acțiune împotriva deciziei de respingere a ofertei lor susținând că *Medipac* că materialele pe care le-a propus, care sunt în conformitate cu cerințele Farmacopeei europene, purtând marcajul CE și că prin urmare, nu prezentau și nu puteau prezenta imperfecțiunile tehnice invocate de spitalul menționat. A mai arătat aceasta că dacă autoritatea contractantă ar fi constatat că marcajul CE de pe dispozitivele *Medipac* a fost incorect acordat, aceasta ar fi trebuit să urmeze procedura specială prevăzută în cuprinsul Directivei 93/42/CEE A CONSILIULUI din 14 iunie 1993 privind dispozitivele medicale

Or, respingând *de plano* posibilitatea de a ne structura propunerea tehnică pe tiparul standardelor europene, respectiv de a folosi marje și de a putea opera inter-șanjări între masele sub-componentelor în interiorul marjei – scăzând de la unele și adăugând la altele (al doilea aparat de aer condiționat era prevăzut în descrierea tehnică a acestui tip de vagon), Metrorex a încălcat principiul recunoașterii reciproce și îl va putea încălca în exact același mod și după eventuala noastră reintroducere în procedura de achiziție publică.

De ce? Pentru că orice măsură ar impune CNSC pentru a corecta nelegalitățile Autorității contractante, procedura de achiziție nu poate fi pusă la adăpost de conduitele arbitrare ale Autorității contractante, care poate repeta exact aceleași abuzuri/excese de putere.

IV.2. Încălcarea principiilor nediscriminării de către Metrorex

Temeiul principiului nediscriminării îl constituie art. 18 TFUE. Prin *nediscriminare* se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca orice operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant.

În materia achizițiilor publice, aplicarea acestui principiu face ca referința la un anumit produs sau marcă sau la standarde naționale fără precizarea „sau echivalent”, să fie considerată o practică discriminatorie.¹⁷ Pentru ca o procedură să nu încalce principiul discriminării, descrierea caracteristicilor unui produs sau unui serviciu trebuie să nu privească un anumit mod de fabricare sau o anumită origine, nici procedee specifice și nici să se refere la o marcă, la un brevet, la o origine sau la o producție determinate, cu excepția situației în care o mențiune de această natură este justificată de obiectul contractului și dacă aceasta este însoțită de mențiunea „sau echivalent”.

Principiul nediscriminării presupune egalitate de acces pentru toți operatorii economici din toate statele membre. Pe cale de consecință, autoritățile contractante nu ar trebui să impună condiții ce cauzează discriminare directă sau indirectă fata de potențialii ofertanți în alte state membre.

În aplicarea acestui principiu, trebuie respectate prin urmare, următoarele reguli:

- autoritățile contractante nu trebuie să discrimineze potențialii ofertanți pe baza unor motive nejustificate și nu trebuie să includă specificații tehnice care ar putea favoriza întreprinderile naționale;
- autoritățile contractante trebuie să evite stabilirea de cerințe de calificare care să favorizeze anumiți participanți la procedura de achiziție publică;
- autoritățile contractante trebuie să evite practicile de favorizare a unui ofertant prin stabilirea de condiții discriminatorii în caietele de sarcini.

Efectele obținute sunt:

- deschiderea și dezvoltarea pieței de achiziții publice;
- crearea unui cadru competitiv pentru obținerea celui mai bun raport calitate-preț în ceea ce privește fondurile publice, întotdeauna considerate ca fiind insuficiente în raport cu necesitățile.

Or, în cazul procedurii de achiziție publică pe care o considerăm a fi construită și condusă greșit de Autoritatea contractantă, respectiv irecuperabilă și iremediabilă, Metrorex a impus o greutate per osie de 14 tone, a formulat documentația echivoc, tocmai pentru a-și da posibilitatea de a interpreta diferit propriile cerințe/criterii tehnice, în sensul că a permis folosirea de valori estimate pentru masele sub-componentelor, pentru ca mai apoi să pună problema DOAR FAȚĂ DE UNII DINTRE OFERTANȚI, ca și cum valorile date

¹⁷ Cauza 45/87 Comisia v. Irlanda [1988] ECR 4929; Cauza C-359/93 Comisia v. Olanda [1995] ECR I-157

[REDACTED]

pentru masele sub-componentelor unui vagon trebuiau să fie fixe/de neschimbat.

IMPORTANT: Autoritatea contractantă a redactat documentația tehnică folosită în prezenta procedură de achiziție publică, nu pentru a identifica cel mai bun produs (material rulant) care ar fi putut fi proiectat și construit de un profesionist al domeniului, ci pentru a putea alege părțitor ofertantul care se rezumă la simple estimări nerealiste de scăzute.

Neimpunând marje pentru estimări, cum era de altfel obligatoriu, Metrorex a transformat această procedură de achiziție publică într-un concurs despre care ofertant propune estimări mai mici cu privire la masele sub-componentelor. Aici este eroarea de concepție a procedurii din perspectivă tehnică, care a dat ocazia discriminării subscrisei și, probabil, și a altor ofertanți descalificați pe baza aceleiași interpretări părtinitoare.

IV.3. Încălcarea principiului tratamentului egal de către Metrorex

Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Principiul a fost explicat uneori ca implicând atât aspecte procedurale, cât și aspecte de drept substanțial: tratament egal înseamnă atât egalitatea de oportunități – definirea unor cerințe cu respectarea acestui principiu, cât și egalitatea de rezultat, adică egalitatea efectivă după aplicarea unor măsuri sau unor cerințe care la prima vedere creează oportunități egale.

În aplicarea acestui principiu, trebuie respectate următoarele reguli:

- eliminarea elementelor de natură subiectivă care pot influența deciziile în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică;
- furnizarea, concomitent, către toți operatorii economici implicați într-o procedură de achiziție, a informațiilor aferente procedurii.

Efectele acestui principiu sunt:

- toți participanții vor dispune de aceleași șanse în pregătirea documentelor asociate procedurii în cauză;
- instituirea unui cadru bazat pe încredere, cinste, corectitudine și imparțialitate pe tot parcursul derulării procedurii;
- favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziție publică.

În jurisprudența CJUE s-a arătat că principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv¹⁸.

Principiul tratamentului egal a fost definit prin raportare la principiul nediscriminării și a fost confirmat ulterior și pentru achizițiile care exced Directivelor europene în cauza Parking Brixen¹⁹ - în acest caz fiind vorba despre o concesiune. În fine, în cauza *Storebaelt*²⁰, Curtea a declarat chiar principiul tratamentului

¹⁸ Hotărârea *MilkMarque*, C-137/00, cauza 106/83, *Sermide*

¹⁹ Case C-458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG* [2005] ECR I-08585

²⁰ Case C-243/89. *Commission v Denmark*, [1993] ECR I-03353

[REDACTED]
egal ca fiind de esența Directivelor privind achizițiile publice.

Lipsa unei structurări clare și neechivoce a criteriilor tehnice, precum și modul de redactare echivoc, a permis practica discriminatorie de a cere lămuriri de la subscrisa în sensul de a vâna eroarea, de a induce formularea unui răspuns eronat, care să poată fi calificat drept o modificare a propunerii tehnice.

Raportat la ofertantul [REDACTED] subscrisa am avut parte de un tratament discriminatoriu, deși chiar și propunerea tehnică a acestui ofertant este constituită tot din valori estimate. Reducând la absurd, pentru a admite că Autoritatea contractantă putea în mod legal adresa solicitări de clarificări în maniera în care a făcut-o în privința subscrisei, ar fi trebuit ca aceeași autoritate să pună la îndoială și corectitudinea estimărilor ofertantului [REDACTED]

De ce valorile maselor sub-componentelor vagonului [REDACTED] de tip Mp ar trebui să fie fixe, iar cele ale materialului rulant proiectat și produs de [REDACTED] nu? Dacă se acceptă că valorile tehnice (masele sub-componentelor) sunt estimări, atunci ar trebui ca acest caracter – de estimări – să nu le fie luat, cu condiția să fie respectate marjele de +/- 3%.

Limita acestui argument, raportat la pozițiile celorlalți ofertanți ale căror propuneri tehnice au fost declarate neconforme și inacceptabile, este aceea că orice ofertant care a modificat valorile estimate cu mai mult de +/- 3% a modificat cu adevărat propunerea sa tehnică în sensul normelor juridice / standardelor europene aplicabile.

IV.4. Încălcarea principiului proporționalității de către Metrorex

Principiul proporționalității presupune corelarea dintre:

- a) necesitățile autorității contractante;
- b) obiectul contractului de achiziție publică;
- c) cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității contractante.

De asemenea, principiul proporționalității presupune ca:

- măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite;
- **când se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, autoritatea contractantă să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.**

Efectul acestui principiu constă în faptul că se asigură definirea și derularea unei proceduri corecte de atribuire în raport cu ofertanții.

Principiul a fost definit în *Cauza National Farmers' Union*²¹ (principiul proporționalității impune ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării

²¹ Hotărârea Curții din 5 mai 1998, cauza C-157/96 *National Farmers' Union* și alții, Rec., p. I-2211, punctul 60

obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite) și reafirmat în *Tideland Signal*²² (acest principiu impune autorității contractante ca atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia) sau în cauza *AntwerpseBouwwerken NV contra Comisiei* (par. 57)²³.

În cauza *Tideland Signal*²⁴, **autoritatea contractantă a respins oferta, în loc să ceară clarificări, în prezența unei erori de redactare a ofertei**. Curtea a considerat că respingerea este disproporționată față de viciul de procedura constatat.

Or, în procedura de față, pe care nu o considerăm remediabilă, pentru interesul admiterii acestui al treilea capăt de cerere, Metrorex a avut o conduită similară celei avute de autoritatea contractantă din cauza *Tideland Signal*.

Spunem "similară" pentru că apreciem că Autoritatea contractantă din prezenta procedură de achiziție publică a avut chiar o conduită mai vătămătoare, intenționat orientată spre provocarea unei erori a subscrisei în lămurirea propriei propuneri tehnice, tocmai pentru a o putea respinge ca neconformă.

Dimpotrivă, dacă Merorex ar fi respectat principiul proporționalității:

- a) fie aprecia că modificările aduse maselor sub-componentelor vizate în tabelul anexat răspunsului nostru sunt într-atât de insignifiante încât nici nu puteau fi reținute în sensul descalificării,
- b) fie acționa / revenea cu solicitări de lămurire pentru a ajuta ofertantul, la fel ca și pe ceilalți ofertanți aflați în aceeași situație – raportat la propunerea lor tehnică – să justifice masele sub-componentelor tot ca estimări,
- c) sau dacă ofertantul [REDACTAT] nici nu a dat mase pentru sub-componente, trebuia să ne precizeze că nu au relevanță estimările noastre cu privire la masele sub-componentelor și că tot ceea ce va fi luat în calcul vor fi indicatorii tehnici pentru care au impus valori prag fixe / de neschimbat. În concret, în această sub-ipoteză de lucru, Metrorex ar fi trebuit să solicite subscrisei lămuriri în sensul de a ști dacă sarcina maximă de 14 t per osie rămâne asumată / valabilă, și după operarea inter-șanjărilor maselor unora dintre sub-componente (dacă voia într-adevăr să respecte principiul proporționalității). Este vădit disproporționată măsura descalificării subscrisei, pe baza unor solicitări de clarificări care au fost incorect și tendențios formulate.

Vă solicităm să rețineți că modul în care Metrorex își fundamentează decizia de respingere a ofertei tehnice a [REDACTAT] în raport de lămuririle aduse prin răspunsurile la solicitările de clarificări, este abuziv și încalcă în mod flagrant principiul proporționalității.

Măsura descalificării este disproporționată raportat la complexitatea ofertei.

După cum s-a reținut în practica CNSC, în cazul unei oferte care conține erori minore (dacă le considerăm totuși a fi abateri/erori), autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere o corelare rezonabilă între

²² *Tideland Signal/Comisia*, punctul 56, punctul 43

²³ Cauza T-195/08, *AntwerpseBouwwerken NV contra Comisiei* (par.57)

²⁴ Cauza CT-211/02 *Tideland Signal v Commission* [2002] ECR II-03781

abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii adoptate.

Nu este legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, trebuind să existe o corelare rezonabilă între abaterea identificată în cadrul ofertei depuse și gravitatea măsurii dispuse de autoritatea contractantă.

Proportionalitatea reprezintă, așadar, un criteriu decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, iar dispozițiile art. 140 alin. 5 HG nr. 394/2016 trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului este de a sancționa doar acele abateri ale ofertei care ating limita substanțialului caietului de sarcini, ceea ce nu se întâmplă în cazul propunerii tehnice și lămuririlor date de subscrisa.

IV.5. Încălcarea principiului transparenței de către Metrorex

Principiul transparenței presupune informarea adecvată a tuturor participanților la procedura de atribuire, fiind important și din perspectiva accesului la remediile legale. El presupune și aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire în scopul garantării eliminării riscului de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante.

Aplicarea acestui principiu presupune:

- formularea tuturor informațiilor cu privire la procedura de achiziție în mod clar, precis, univoc în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire oferind operatorilor economici o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă;
- asigurarea vizibilității regulilor, oportunităților, proceselor, înregistrărilor și rezultatelor aferente procedurii de achiziție publică.

Efectele obținute din aplicarea acestui principiu sunt:

- claritatea documentelor elaborate pe parcursul procesului de achiziție;
- înțelegerea de către potențialii candidați/ofertanți a necesităților obiective ale autorității contractante și a modului în care aceste necesități se reflectă în documentația de atribuire.
- accesul publicului la informații privind contractele publice ceea ce facilitează controlul democratic asupra activității administrative

În jurisprudența CJUE, principiul transparenței s-a proiectat ca un principiu – suport pentru alte principii, cum ar fi nediscriminarea, tratamentul egal, proportionalitatea. Ulterior, s-a dezvoltat de sine stătător și a devenit unul din principiile de bază (și) în achizițiile publice.

În cauza T-50/05 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, CJUE a reținut faptul că principiul transparenței, care este un corolar al principiului egalității de tratament, este în principal destinat evitării riscului de abuz de putere discreționară și a favoritismului și comportamentului arbitrar din partea autorității contractante. Mai mult, Curtea a precizat că:

„Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele acestora corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză.”

Atât jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene cât și Directivele se referă adesea la un principiu al transparenței care are o existență de sine stătătoare și nu doar la un corolar al principiului egalității de tratament. În unele cazuri, Curtea se referă la conceptul de obligație de transparență ca decurgând din principiul egalității de tratament. Asta presupune ca toți ofertanții să cunoască regulile în conformitate cu care ofertele lor vor fi analizate și ca aceste reguli să fie aplicate tuturor în egală măsură și în același mod.

IMPORTANT: Or, în procedura noastră de achiziție publică, autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței de o manieră de nu poate fi remediată / efectele negative fiind deja consumate, drept dovadă stând descalificarea a 4 din 5 participanți inițiali la procedură.

Problema esențială este aceea că transparența nu a fost asigurată *ab initio* și nici nu mai poate fi remediată prin măsurile pe care le-ar putea dispune CNSC cu privire la:

- Claritatea criteriilor tehnice și
- Accesul la documentele / informațiile din etapa formulării Contestației la Raportul procedurii

Dincolo de obligația de a face publice criteriile, subcriteriile și specificațiile, autoritățile contractante au și obligația, care decurge din același principiu al transparenței, de a formula cu claritate aceste criterii și specificațiile tehnice.

Această cerință servește două scopuri:

- ca orice ofertant să poată înțelege criteriile și specificațiile în același fel,
- iar autoritatea contractantă să poată aplica criteriile în mod egal tuturor ofertanților²⁵.

În cauza *Nord Pas de Calais*²⁶, definirea criteriilor de calificare și selecție prin trimiterea în documentația de atribuire la un sistem național (francez) de clasificare a contractorilor a fost considerată neadecvată deoarece doar operatorii francezi și-ar fi dat seama cu exactitate la ce se referă și relevanța lor. Curtea a considerat că nu s-a respectat principiul transparenței în definirea specificațiilor tehnice.

Mai mult, în cauza *SIAC*²⁷, Curtea a impus testul „operatorului economic cu o diligență normală și rezonabil informat” pentru a decide dacă criteriile sau specificațiile sunt adecvat definite. Testul presupunea ca orice operator cu diligență normală și informat în mod rezonabil să poată interpreta criteriile de atribuire în același fel.

IMPORTANT: Or, în procedura noastră de achiziție publică, Metrorex a eludat în mod intenționat unele dintre standardele europene folosite în domeniul proiectării și producerii de material rulant în țări ale Uniunii Europene, pentru a putea avea o marjă de apreciere arbitrară și a putea da o citire foarte personală / unicat, ideii de estimări ale maselor sub-componentelor.

O altă cauză în care CJUE a făcut aplicarea principiilor transparenței și egalității de tratament este cauza T-50/05 *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, în care s-a arătat că potrivit articolului 89 alin. 1 din Regulamentul financiar, toate contractele de achiziții publice finanțate integral sau parțial din buget respectă principiile transparenței, proporționalității, tratamentului egal și nediscriminării.

²⁵ A se vedea și Abby Semple, *A practical guide to public procurement*, Oxford University Press 2015, p.60

²⁶ Cazul C-225/98 *Commission v. France*, [2000] ECR I-7445

²⁷ Cazul C-19/00 *SIAC Construction Ltd v Mayo Country Council* [2001] ECR I-07725

Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților²⁸.

Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, *impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții*²⁹.

Din jurisprudență reiese de asemenea că principiul egalității de tratament presupune o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale³⁰.

FOARTE IMPORTANT: Acest principiu al transparenței are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini³¹.

Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză³² - CEEA CE NU A FOST RESPECTAT DE AUTORITATEA CONTRACTANTĂ ÎN CAUZA DE FAȚĂ.

Un ultim episod de lipsă de transparență din partea Metrorex s-a consumat apoteotic atunci când ne-a fost refuzat accesul la o parte dintre documentele din dosarul achiziției la sediul Autorității contractante, respectiv la procesele verbale de evaluare care au stat la baza redactării Raportului procedurii. Reprezentanții convenționali ai subscrisei au fost prezenți în data de 03.06.2020 și au cerut să consulte documentele relevante, refuzându-li-se accesul / consultarea a ceea ce era obligatoriu să fie pus la dispoziție. Supunem atenției Consiliului procesul verbal prin care s-a consemnat „accesul neîngredit” la Raportul procedurii (Anexa 9 la prezenta Contestație). Prin verificarea numerelor paginilor puse la dispoziția subscrisei din dosarul procedurii se poate observa cu ușurință că nu am avut acces la informația relevantă, în speță documentația care a stat la baza redactării Raportului procedurii nefiind furnizată de Metrorex, limitându-ne astfel la dreptul la apărare.

V. Suspendarea procedurii de achiziție până la data soluționării prezentei Contestații

Vă învederăm că suntem în ipoteza de la art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016 și că este

²⁸ Hotărârea Curții din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec., p. I-3801, punctul 108, Hotărârea Tribunalului din 17 decembrie 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamentul European, T-203/96, Rec., p. II-4239, punctul 85, și Hotărârea Tribunalului din 17 martie 2005, AFCon Management Consultants și alții/Comisia, T-160/03, Rec., p. II-981, punctul 75.

²⁹ A se vedea în acest sens Hotărârea Curții din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec., p. I-7725, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, Rec., p. I-11617, punctul 93.

³⁰ Hotărârea Curții din 18 iunie 2002, HI, C-92/00, Rec., p. I-5553, punctul 45, și Hotărârea Universale-Bau și alții, punctul 56, punctul 91.

³¹ Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, punctul 55, punctul 111.

³² Hotărârea Evropaiki Dynamiki/Comisia, punctul 52, punctul 145.

[REDACTED]

incidentă ope legis măsura suspendării de drept a procedurii de atribuire a contractului având ca obiect achiziția de „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei – Iancului” nr. M.09.01.01 / 931 / 29.05.2020 în temeiul art. 22-23 din Legea 101/2016.

În acest sens, solicităm Consiliului să constate incidența unei astfel de măsuri, în considerarea faptului că Autoritatea contractantă a declarat câștigător ofertantul [REDACTED] ceea ce ne plasează în ipoteza art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016, conform căruia: „Autoritatea contractantă are dreptul de a încheia contractul numai după comunicarea deciziei Consiliului privind soluționarea contestației și cu respectarea termenului de așteptare prevăzut pentru încheierea lui. (5) Contractul încheiat cu nerespectarea prevederilor alin. (4) este lovit de nulitate absolută. Încheierea contractului anterior/ulterior formulării contestației nu împiedică soluționarea acesteia de către Consiliu.”

Așadar, operează o suspendare a procedurii / efectelor Raportului procedurii prin efectul legii, Consiliului nerămânându-i decât să constate situația de suspendare de drept.

Legiuitorul român a dat un asemenea efect formulării contestațiilor la CNSC prezumând absolut că există atât un caz bine justificat, cât și o pagubă iminentă, din moment ce contestatorul asumă plata unor sume importante de bani cu titlu de cauțiune. Este un rezultat al gravității situației create de Raportul procedurii care vatămă pe cei interesați.

Se prezumă, astfel, existența unei pagube iminente, în condițiile în care prin continuarea derulării prezentei proceduri, date fiind motivele menționate mai sus, s-ar putea ajunge la **semnarea contractului** cu un operator economic care a oferit un preț mai mare în defavoarea altor participanți descalificați prin încălcarea normelor de drept.

Totodată, Consiliul este rugat să rețină că tot prin efectul Legii nr. 101/2016 este îndeplinită și condiția privind **cazului bine justificat**, prin prisma motivelor de nelegalitate și netemeinicie a Raportului procedurii emis de Autoritatea contractantă invocate de [REDACTED] pe calea prezentei Contestații.

VI. Concluzie

Pentru toate argumentele expuse anterior, subscrise solicităm Consiliului să dispună admiterea prezentei Contestații, astfel cum a fost formulată și motivată, cu obligarea părții pârâte Metrorex la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Totodată, conform prevederilor art. 19 raportate la dispozițiile art. 21 din Legea nr. 101/2016, solicităm Consiliului acordarea posibilității de a avea acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum și de a pune concluzii scrise și/sau orale în cursul procedurii de soluționare a prezentei Contestații, rezervându-ne dreptul de a dezvolta/completa Contestația cu alte motive de nelegalitate/nereguli de a căror existență [REDACTED] are cunoștință la acest moment, dar pe care le va putea identifica ulterior studierii dosarului de achiziție publice.

În drept:

- Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;
- Hotărârea de Guvern nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale;

- 
- 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.

Probe:

În susținerea celor menționate în cuprinsul prezentei Contestații, înțelegem să ne folosim de documentele și informațiile depuse, respectiv transmise de către [REDACTED] precum și de către ceilalți candidați Autorității contractante în cadrul procedurii de atribuire, documentație care urmează a fi transmisă Consiliului, în copie, ca parte a dosarului de achiziție publică, potrivit dispozițiilor art. 18 alin. 2 din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, depunem alăturat împuternicire avocațială și recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, precum și copii ale următoarelor documente:

1. **Anexa 1** – Extras din Caietul de sarcini
 2. **Anexa 2** – Anexa 12 inițială la oferta tehnică a [REDACTED]
 3. **Anexa 3** – Solicitare de clarificare nr. 8 adresată de Metrorex către [REDACTED] nr. referință M.09.01.01 / 1745 / 18.10.2019)
 4. **Anexa 4** - Răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 8 transmis de [REDACTED] la data de 03.11.2019
 5. **Anexa 5** - Schița privind aparatele de acoperiș nr. de referință C.00.728.73.000 care demonstrează că cele două unități de ventilație cu refrigerare forțată erau luate în calcul în estimările din oferta [REDACTED]
 6. **Anexa 6** - Solicitare de clarificare nr. 1 adresată de Metrorex către [REDACTED] nr. referință M.09.01.01 / 2108 / 26.11.2019)
 7. **Anexa 7** - Răspunsul la Solicitarea de clarificare nr. 1 transmis de [REDACTED] a data de 05.12.2019
 8. **Anexa 8** - Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică a [REDACTED]
 9. **Anexa 9** - Procesul verbal privind consultarea dosarului de achiziție la sediul autorității contractante, întocmit la data de 03.06.2020 de către Metrorex și reprezentanții convenționali ai [REDACTED]
 10. **Anexa 10** – Jurisprudență relevantă
 11. Dovada comunicării prezentei Contestații către autoritatea contractantă Metrorex S.A.
- 