

MA. 12/09.01/531/10 06.2020

MINISTERUL TRANSPORTURILOR, INFRASTRUCTURII ȘI COMUNICAȚIILOR METROREX S.A.	
Nr.	MA. 8500
Data	10.06.2020

Către: Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor  
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București  
Fax: 021.310.46.42  
E-mail: [office@cnsr.ro](mailto:office@cnsr.ro)

Spre știința: Metrorex S.A.  
Str. Dinicu Golescu, nr. 38, București, Sector 1  
Fax: +40 0213125149  
E-mail: [cristian.stefan@metrorex.ro](mailto:cristian.stefan@metrorex.ro)

De la:

Tel:  
Fax:  
E-mail:

Data: 09.06.2020

În calitate de operatori economici participanți în asociere în cadrul procedurii de achiziție publică prin licitație deschisă a contractului de furnizare având drept obiect [t]renuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei - Iancului" („Procedura de achiziție publică”), anunț de participare aferent nr. CN1010027/22.03.2019, reprezentată convențional de

adresa la care va solicitați să dispuneți comunicarea tuturor înscrisurilor referitoare la prezentul litigiu<sup>1</sup>, comunicarea putând fi realizată potrivit art. 154 alin. (6) C. pr. civ. și la adresa de e-mail

în contradicție cu Metrorex S.A., cu sediul administrativ B-dul Dinicu Golescu, nr. 38, București, Sector 1, e-mail: cristian.stefan@metrorex.ro; nr de telefon: +40 0213193601; Fax: +40 0750032649;;  
în temeiul dispozițiilor art. 8, art. 10 și art. 11 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”), în termen legal, formulăm prezenta

### CONTESTAȚIE

prin care vă solicităm ca prin decizia pe care o veți pronunța să dispuneți, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) - b) al Legii nr. 101/2016, anularea raportului procedurii de atribuire nr. M/09.01.01/931/29.05.2020 prin care oferta depusă de  
a fost respinsă ca inacceptabilă și neconforma, a adresei de comunicare a acestui rezultat, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte,  
și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

Pentru a dispune în acest sens, vă solicităm să aveți în vedere motivele expuse în cele ce urmează.

#### I. SUCCINTĂ EXPUNERE A DIFERENDULUI INTERVENIT

1. La data de 22.03.2019, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare CN1010027 cu privire la procedura de atribuire a unui contract de furnizare privind „[t]renuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei - Iancului.”
2. În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, valoarea estimată a Contractului (fără TVA) este estimată la un interval între 520.152.545 și 1.200.352.027,5 RON.
- 3.
4. La data de 30.12.2019, autoritatea contractantă ne-a transmis solicitarea nr. M.09.01.01/2373/30.12.2019 prin care ne-a pus în vedere să clarificăm formularul cerințelor tehnice minime - pct. 4 pag. 5/14.
5. La data de 9.01.2020, subscrisa am depus răspunsul la clarificările solicitate.
6. Subsecvent, prin raportul procedurii nr. M.09.01.01/931/29.05.2020 autoritatea contractantă a transmis că oferta
  - a) ca neconforma, pretinzându-se încălcarea dispozițiilor art. 143 alin. (3) lit. a) din 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 („HG nr. 394/2016”).
  - b) ca inacceptabilă, pretinzându-se încălcarea art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.
7. Această decizie este cea care face obiectul prezentei contestații.

## II. ARGUMENTAȚIA ÎN DREPT

### A. SUMARUL EXPUNERII

a fost respinsă cu încălcarea principiului legalității, în baza unui motiv trivial, rezultat din aplicarea a unei reguli tehnice inexistente. Introducerea și utilizarea unei reguli tehnice noi la momentul evaluării ofertelor este în sine nelegală; nelegalitatea este și mai evidentă prin faptul că această "regulă" nu are un corespondent în realitatea tehnică, fiind atribuit generic unor necunoscute "practici general aplicabile".

### B. OFERTA RESPECTĂ DISPOZIȚIILE CAIETULUI DE SARCINI, FIIND CONFORMA

- B.1. Calculul efectuat de autoritatea contractantă în vederea determinării sarcinii maxime pe osie la o stare de încărcare de EL B (AW 4) este greșit
8. Potrivit raportului procedurii (pg. 6) oferta subscrisei „este considerată neconformă, cu încadrare în prevederile art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv sarcina maximă pe osie prevăzută în Caietul de sarcini.”
  9. Potrivit dispozițiilor art. 143 alin. (3) lit. a) din Hotărârea de Guvern nr. 394/2016 „[i]n condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.”
  10. Așadar, în vederea respingerii ofertei drept neconforme este necesar să se realizeze o corespondență între o anumită dispoziție a caietului de sarcini și o prevedere din oferta tehnică care încalcă aceste dispoziții. O astfel de corespondență nu există.
  11. Potrivit dispozițiilor art. 1.3.2. lit. l) din Caietul de sarcini „sarcina maximă pe osie este de 14 tone.” Potrivit dispozițiilor art. 3.1.1. - antepenultimul paragraf „[o]fertantul va prezenta în oferta sa tehnică:
    - masa propusă pentru trenul de 6 vagoane în fiecare din stările de încărcare EL0, EL4, EL6 și EL8;
    - Masele estimate pentru fiecare vagon din compunerea trenului, în starea de încărcare EL0, cu precizarea masei estimate pentru fiecare sistem/subsistem;
    - Masele estimate pentru fiecare vagon din compunerea trenului, în fiecare dintre stările de încărcare EL0, EL4, EL6 și EL8;
    - Se va lua în considerare masa medie a unui călător de 70 kg/călător.”
  12. În cadrul art. 3.2.2. din Caietul de sarcini sunt definite stările de încărcare ale trenului:
    - „EL E (AW0): tara trenului (fără călători) - este greutatea trenului gata de funcționare fără călători;
    - EL 4(AW 2): stare de încărcare nominală (4 călători pe m<sup>2</sup> de suprafață liberă, cu toate scaunele ocupate) - este obiectivul luat în considerare ca valoare medie de încărcare;
    - EL 6 (AW 3): stare de încărcare maximă (6 călători pe m<sup>2</sup> de suprafață liberă cu toate scaunele ocupate) - este încărcarea de referință pentru calculul puterii de tracțiune a trenului și a structurii boghiului;

- EL 8 (AW 4) - stare de încărcare excepțională (8 călători pe m<sup>2</sup> de suprafață liberă cu toate scaunele ocupate) - este încărcarea de referință pentru proiectarea instalației de frână a trenului;
  - EL 10 (AW 5) - stare de încărcare de proiectare (10 călători pe m<sup>2</sup> de suprafață liberă cu toate scaunele ocupate) - este încărcarea de referință pentru proiectarea structurii caroseriei."
13. Fără a exista o definiție în caietul de sarcini a acestei noțiuni, sarcina maximă a osiei este reprezentată de greutatea terei vagonului căreia i se adaugă greutatea maximă a încărcăturii. Valoarea totală se împarte la numărul de osii, determinându-se de această manieră sarcina osiei.
  14. Având în vedere dispozițiile art. 3.1.1. ale Caietului de sarcini, a procedat la calcularea valorilor trenului aferente fiecărui tip de încărcare.
  15. Prin solicitarea de clarificări nr. M/09.01.01./2373/30.12.2019 autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la îndeplinirea condiției privind sarcina maximă pe osie de 14 tone - în acest sens, Metrorex a arătat că, potrivit calculelor sale, valoarea ar fi una de 14,007 tone.
  16. Calculul autorității contractante a avut în vedere tara vagonului, respectiv numărul de călători în starea de încărcare EL 8 - anume 329,808 călători. Acest rezultat a fost rotunjit de autoritatea contractantă la un număr de 330 de călători, fiecare având o greutate de 70 de kg, astfel cum s-a specificat în fișa de date. De această manieră, a rezultat o sarcină maximă pe osie de 14,01 tone. De asemenea, autoritatea contractantă a reluat același calcul raportat la un număr abstract de 29,808 călători rezultând o sarcină pe osie de 14,007 tone.
  17. Raționamentul autorității contractante este greșit.
  18. Calculul numărului de pasageri aferent unei suprafețe de 41,226 de m<sup>2</sup> returnează o cifră abstractă de 299,808 pasageri.
  19. Or, fiind vorba de cazul specific al transportului de persoane, unde nu poate fi imaginată o fracționare a unui individ, gabaritul total al trenului trebuie calculat în funcție de numărul de pasageri în parte întreagă (fără zecimale).
  20. Regula tehnică este una banală. Câtă vreme suprafața indicată nu este suficientă pentru transportarea a 300 de persoane, greutatea acesteia trebuie determinată în funcție de un număr de 299 de persoane. Faptul că în prezența unui număr de 299 de pasageri rămâne o suprafață care nu este ocupată este lipsit de relevanță câtă vreme acea suprafață nu este suficientă pentru un alt pasager (1).
  21. Așadar, câtă vreme:
    - a) pe de o parte, suprafața modelului de tren propus nu este suficientă pentru a transporta 300 de pasageri,
    - b) pe de altă parte, ființa umană nu este un obiect divizibil, secționabil astfel încât să se poată aprecia în vreo formă de cotă-parte, calculul efectuat în vederea determinării greutății trenului în situații excepționale este dat de maximum de pasageri care ar putea fi transportați în vagon. Acest număr este de 299 de pasageri.
  22. În al doilea rând, la aceeași concluzie se ajunge și aplicând metoda de interpretare logică *ad absurdum*, care pornește de la demonstrarea imposibilității logice a unei situații, consecința fiind că numai o altă soluție este posibilă.
  23. A admite teza autorității contractante ar semnifica:
    - a) Fie faptul că prin alocarea unui număr de 300 de pasageri aferent unei suprafețe de 41,226 m<sup>2</sup> nu se respectă dispozițiile referitoare la standardul de 8 pasageri pe m<sup>2</sup>.
    - b) Fie, alternativ, ar trebui acceptat faptul că aceste calcule pot fi efectuate în funcție de fracțiuni de pasageri, teza fiind una absurdă, câtă vreme ființa umană nu poate fi divizată.

24. Autoritatea contractantă invocă presupuse "practici general aplicabile în materie" potrivit cărora acest număr ar putea fi rotunjit. Astfel de practici (nenumite, neidentificate concret) nu există.
25. De altfel, singurele standarde în materie de determinare a maselor vehiculelor feroviare sunt cuprinse în documentul intitulat „Standard român - Aplicații feroviare - definirea maselor de referință ale vehiculelor.”<sup>2</sup>
26. Unicele mențiuni din cuprinsul acestui document care au legătură generică cu speța sunt referitoare la suprafețele care sunt destinate călătorilor care stau în picioare. De asemenea, se precizează faptul că în măsura în care nu se determină în mod specific valorile încărcăturii pe m<sup>2</sup>, în cazul stării de încărcare excepțională a trenului aceasta este considerată a fi cea de 500 kg/m<sup>2</sup>. Așadar, singura practică uzuală la care s-ar putea face trimitere ar fi aceea conform căreia - în cazul în care potrivit datelor de la momentul proiectării nu se oferă un număr în funcție de care să se calculeze valoarea încărcăturii - aceasta se raportează la valoarea medie de 500 de kg/ m<sup>2</sup>, valoare care este inferioară cu 60 de kg/ m<sup>2</sup> celei propuse de autoritatea contractantă.
27. În al treilea rând, la concluzia conformității oferte se ajunge și aplicând metoda de interpretare logică *in dubio pro debitor*
28. După cum am arătat mai sus, autoritatea contractantă a respins oferta utilizând o formulă de calcul care nu era prezentată în fișa de date și invocând presupuse standarde uzuale neidentificate.
29. Or, potrivit acestei reguli de interpretare, în absența unei prevedere exprese a entității contractante, orice dezlegare a unei reguli neclare se interpretează în favoarea celui care se obligă, adică a ofertantului. Acest principiu este statuat și în art. 1.269 alin. (1) Cod civil „[d]acă, după aplicarea regulilor de interpretare, contractul rămâne neclar, acesta se interpretează în favoarea celui care se obligă.”
30. În acest sens s-a pronunțat și practica CNSC, precum și a instanțelor de judecată:
- „Pe de altă parte, presupunând că ar exista o deficiență de exprimare a autorității în cadrul fișei de date, ea nu poate fi interpretată decât prin prisma regulii de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, care nu îngăduie ca organizatoarea achiziției să își invoce propria neatenție, propria culpă, pentru a sancționa candidații. Totodată, interpretarea trebuie să fie tributară și lui *in dubio pro reo*, în sensul că echivocul profită celui obligat, nu autorității.”<sup>3</sup>
  - „Prin elaborarea unor cerințe de calificare eliptice și simpliste, autoritatea contractantă și-a asumat astfel riscurile ca operatorii economici să depună orice certificat/document/înscris care să conțină date actuale/reale la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor iar, potrivit principiului "in dubio pro reo", orice îndoială care s-ar putea invoca în privința modului de interpretare a cerinței de calificare profită celui care se obligă, respectiv contestatorului și nu autorității contractante pentru eventuala neclaritate a formulării cerinței de calificare.”<sup>4</sup>

<sup>2</sup> A se vedea Anexa nr. 2.

<sup>3</sup> <https://lege5.ro/App/Document/ge2toobyha2a/decizia-avand-ca-obiect-cod-cpv-64200000-8-serviciul-de-telecomunicatii-lev-2-initiata-prin-publicarea-in-seap-a-anuntului-de-participare-nr?pid=196196796&expression=in%20dubio%20pro%20reo%20p-196196796>

<sup>4</sup> <https://lege5.ro/App/Document/ge2ionrtgzeza/decizia-privind-contestatia-avand-ca-obiect-contrat-furnizare-bunuri-pentru-proiectul-de-investitii-centru-local-de-informare-turistica-in-comuna-si-proximitati-dezvoltare-si-marketing-turistic-cod-c?pid=195927597&expression=in%20dubio%20pro%20reo%20p-195927597>

- „Consiliul apreciază că ofertantul nu era ținut să aducă și cazierile acestora din urmă. Situația se prezintă astfel și îndoielile pe care stilul de redactare a cerinței le aruncă asupra modului de îndeplinire a ei justifică aplicarea argumentului de interpretare în dubio pro reo [prin analogie, art. 1.269 alin. (1) C. civ.]. Așadar, îndoiala profită SC ..... SA, iar nu ..... SA. Interpretarea noastră este de ordin funcțional și tributară lui în dubio pro reo, în sensul că, dacă persoana optează să depună cazierile judiciare pentru personalul din prima categorie, cerința etalon se consideră îndeplinită și nu poate fi obligată să le depună și pentru personalul pentru cea de a doua. Altminteri, disjunctia „sau” nu ar diferi cu nimic de conjuncția „și”, preferată și înlocuită nepermis de către comisia de evaluare în etapa evaluării ofertelor.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca aceasta din urmă să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.” (CNSC, decizia nr. ....).

- „În cauză, documentul echivalent este declarația pe propria răspundere dată în fața notarului de toți membrii asocierii, fiind corectă aprecierea reclamantei în sensul că devine incident principiul de drept conform căruia atunci când este o îndoială, convenția se interpretează în favoarea celui ce se obligă ” în dubio pro debitor/reo”, acesta fiind ofertantul reclamant.” (Înalta Curte de Casație și Justiție - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 2191/2018);

31. Cele de mai sus demonstrează că o decizie de descalificare a unui ofertant trebuie întemeiată pe o regulă clară, nesusceptibilă de interpretări divergente și statuată ca atare de documentația de atribuire. În absența unei astfel de reguli, autoritatea nu poate lua o măsură punitivă față de interesele unui particular, întrucât nu dispune de această prerogativă legală.
- B.2. Entitatea contractantă nu are posibilitatea legală de a respinge o ofertă prin folosirea unei reguli nescrise în documentația de atribuire**
32. Am arătat în secțiunea anterioară că Metrorex a luat decizia de descalificare a ofertei în temeiul unei interpretări care a făcut apel la un concept lipsit de orice motivare concretă: *“practicile general aplicabile în materie”*. În acest mod, autoritatea a creat și aplicat o regulă tehnică nescrisă în Caietul de sarcini, hotărând cu de la sine putere că gabaritul total al trenului ar trebui calculat în funcție de un număr de pasageri rotunjit în sus sau chiar fracționat.
33. Dincolo de temeierile exprimate în secțiunea anterioară, decizia de a respinge un ofertant prin folosirea unei reguli nescrise în documentația de atribuire - apelul la *“practici generale”* necunoscute - nu poate fi admis din multiple perspective fundamentale ale reglementării naționale și unionale ale sistemului de achiziții publice, fiecare în parte confirmate de o practică judiciară solidă:
- Principiul transparenței procedurii de atribuire se opune oricărei completări a unei cerințe a Caietului de sarcini cu un element care nu a fost precizat expres, indiferent de deducțiile și inferențele pretinse de autoritatea contractantă.
  - Principiul tratamentului egal, precum și prioritatea asigurării libertății de participare transfrontaliere, obiectiv ce stă la fundamentul sistemului unional al achizițiilor publice, ar fi contrazise dacă participanții ar fi ținută să *“deducă”* conținutul integral al unei cerințe tehnice prin coroborare cu interpretări de *“practici”* aparținând unor diverse autorități naționale (spre exemplu, o pretinsă *“practică”* din țara de origine).
34. Într-o primă perspectivă, legiuitorul atribuie caracter obligatoriu doar precizărilor explicite ale documentației de atribuire, aspect confirmat de prevederile art. 36 alin. (6) al H.G. nr.

394/2016: "Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise." Or, dacă o suplimentare a criteriilor de calificare nu produce efecte nici măcar dacă ea este inclusă în caietul de sarcini, a fortiori o suplimentare a unei reguli tehnice nu poate produce efecte dacă este introdusă de autoritatea contractantă abia la momentul emiterii rezultatului procedurii de atribuire.

35. Principiul legal *patere regulam quam ipse fecisti* implică faptul că autoritatea administrativă trebuie și ea să se supună modului în care și-a redactat propriile acte - într-o formulare relevantă a practicii judiciare, "Curtea consideră că examinarea ofertelor în raport de elemente neprevăzute în documentația de atribuire, chiar prevăzute de lege, presupunea implicit o modificare a criteriilor de calificare, operațiune care se putea face exclusiv în condițiile art. 179 din OUG 34/2006, a căror încălcare atrăgea sancțiunea nulității procedurii de atribuire" (Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 1177/13.09.2016)<sup>5</sup>.

36. Instanțele judecătorești au confirmat în mod repetat această susținere în spețe cu o problematică judiciară realmente aproape identică cu cea din prezenta cauză:

"Petenta susține că oferta era inacceptabilă atât timp ca ofertantul nu a făcut dovada autorizării activității conform Legii 359/2004. Însă aceasta cerință nu a fost cuprinsă în fisa de date a achiziției, iar autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a analiza condiții a căror îndeplinire nu a fost solicitată la inițierea procedurii de achiziție, în caz contrar ar fi fost o analiză abuzivă care ar fi vătămat toți participanții la procedură, ceea ce legislația achizițiilor publice nu permite. Astfel, în conformitate cu secțiunea a 3-a din OUG 34/2006 documentația de atribuire este realizată de autoritatea contractantă care are obligația de a stabili în documentația de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită" (Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Sentința civilă nr. 153/CA/28.09.2015<sup>6</sup>).

"În condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, nicio cerință în ceea ce privește obligativitatea certificării pentru prestarea serviciilor, așa cum absolut just a reținut CNSC, contestarea neconformității unei oferte din perspectiva unor cerințe care nu se regăsesc în documentație, fără ca aceasta din urmă să fi fost contestată, din perspectiva invocatei omisiuni, în termenul prescris de lege pentru aceasta apare ca vădit neîntemeiată. [...] În altă ordine de idei, desigur că derularea efectivă a unei activități care presupune anumite autorizări/certificări se va putea realiza doar în aceste condiții, iar autoritatea contractantă trebuie să se asigure că ofertantul le va deține la momentul prestării efective, însă atâta timp cât ele nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, nedovedirea deținerii acestora nu are efecte asupra procedurii, din perspectiva invocată de petentă, a inadmisibilității ofertei Neatwork Facility Management SRL." (Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 4565/06.10.2016)<sup>7</sup>.

"Curtea observa ca prevederile obiectului contractului din fisa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire, nu face nicio referire la monumente istorice. Susținerile Autorității contractante potrivit cărora „este de notorietate ca obiectivul de investiții (...) este un monument istoric” nu au nicio relevanță în condițiile în care întocmirea unei oferte se face prin raportare la cerințele exprese din documentația de atribuire. [...] Curtea apreciază nejustificată solicitarea Autorității contractante în sensul ca certificatul ar trebui să conțină activitatea de proiectare monumente istorice, în condițiile în care

<sup>5</sup> <http://ralii.ro/hotarari/5899fd67e490095c2b001199>

<sup>6</sup> <http://ralii.ro/hotarari/589c2a84e490095c35002177>

<sup>7</sup> <http://ralii.ro/hotarari/58af184fe490095c8e00016a>

obiectul contractului, astfel cum a fost definit de Autoritatea contractanta pentru partea de proiectare, nu definește distinct activitatea de proiectare monumente istorice" (Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 1029/07.03.2017)<sup>6</sup>.

37. Concluzie a celor de mai sus, un ofertant nu poate fi în niciun context respins ca necoform prin aplicarea unei reguli care nu este prevăzută explicit și literal în Caietul de sarcini. Nici (i) pretinsa prioritate a legii, nici (ii) pretinsa incidența a unor standarde necunoscute și nici (iii) caracterul "notoriu" al regulii *implicite* nu permit autorității să depășească cu orice măsură, oricât de minimală, ceea ce a solicitat literal prin Caietul de sarcini.
38. În cauză, este evident că nu există un text al documentației care să permită Metrorex să rotunjească în sus sau să calculeze fracționat un număr de pasageri (!). Acest aspect dovedește de sine stătător temeinicia contestației
39. Într-o a doua perspectivă, orice operațiune de *deducere* a unor reguli de conformitate *implicite* reprezintă o vătămare gravă a principiului fundamental al transparenței, statuat în legislația națională în cadrul art. 2 alin. (2) lit. d) al Legii nr. 99/2016.
40. Regulele de conformitate tehnică nu pot fi deduse, nici nu trebuie să depindă de modul în care sunt percepute, ameliorate sau agravate la un moment în timp de vreo entitate publică - un control jurisdicțional efectiv poate fi exercitat doar asupra unor criterii obiective, nu asupra unora care depind de o marjă de apreciere a unei autorități contractante. Aceasta este rațiunea pentru care niciun grad de interpretare nu poate fi lăsat să existe în beneficiul autorității asupra unui criterii care definesc conformitatea unui ofertant - din contrar, interpretarea se aplică întotdeauna în beneficiul ofertantului. În caz contrar, riscul de arbitrar din partea acestor autorități anihilează dreptul fundamental la transparență.
41. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a pronunțat multiple decizii prin care a evocat încălcarea principiului transparenței printr-o conduită echivalentă cu cea din speță.
42. În același sens Curtea s-a pronunțat în cauza *Medipac - Kazantzidis* (C-6/05), unde a arătat în mod expres că obligația de transparență "interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte." (considerentul 54).
43. La fel de elocvente sunt dezlegările oferite de instanța unională în cauza *Pippo Pizzo* (C-27/15):  
*"obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și Jurisprudența citată). [...]"*
44. Or, potrivit art. 267 al TFUE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene este interpretul actelor Uniunii, astfel încât modalitatea de aplicare a exigenței interpretării conforme a principiilor statuate de legislația unională îi revine acesteia.
45. În acest întreg context, nu poate fi primită concluzia adoptată de Metrorex în sensul în care "practica general aplicabilă" ar putea determina o decizie de descalificare a unui ofertant.

<sup>6</sup> <http://rafi.ro/bolureft/58c5cc2ee49007981b000037>

46. Într-o a treia perspectivă, prioritatea asigurării libertății de participare transfrontaliere, obiectiv ce stă la fundamentul sistemului unional al achizițiilor publice, ar fi contrazisă dacă participanții ar fi ținuți să “deducă” conținutul integral al unei cerințe tehnice prin coroborare cu interpretări ale unor “practici” nenumite.
47. Astfel, în argumentarea Metrorex, respingerea ca neconformă a ofertei unui participant la o procedură de achiziție publică ar putea fi justificată prin interpretarea extensivă a unui concept nedefinit și lipsit de caracter concret - “*practica general aplicabilă*”.
48. O astfel de susținere reprezintă o vătămare substanțială a principiului tratamentului egal, statuat în legislația națională la art. 2 alin. (2) lit. b) al Legii nr. 99/2016, precum și al imperativului libertății de participare transfrontaliere la procedurile de achiziții.
49. În acest sens, subscrisa mă întemeiez pe efectul direct al hotărârii CJUE din 2.06.2016 din cauza *Pippo Pizzo* (C-27/15), care explică inclusiv rațiunile interdicției unei asemenea conduite a entității contractante:

“40. Reiese din dosarul prezentat Curții că documentele referitoare la procedura de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal nu prevedeau în mod expres obligația ofertanților, sub sancțiunea excluderii din această procedură, de a achita o contribuție către AVCP.

41. După cum subliniază instanța de trimitere, existența acestei obligații s-ar deduce din interpretarea extensivă a Legii nr. 266/2005 efectuată de AVCP și din jurisprudența administrativă națională. [...]

45. Or, în cauza principală, pretinsa obligație de plată a unei contribuții către AVCP poate fi identificată numai prin interacțiunea dintre Legea privind bugetul pe anul 2006, practica decizională a AVCP, precum și practica jurisprudențială a instanțelor administrative italiene în aplicarea și în interpretarea Legii nr. 266/2005.

46. Astfel cum arată, în esență, avocatul general la punctul 65 din concluzii, o condiție de care depinde dreptul de a participa la o procedură de achiziții publice care ar decurge din interpretarea dreptului național și a practicii unei autorități precum cea în discuție în litigiul principal i-ar afecta în special pe ofertanții stabiliți în alte state membre, întrucât nivelul lor de cunoaștere a dreptului național și a interpretării acestuia, precum și a practicii autorităților naționale nu poate fi comparat cu cel al ofertanților naționali.

[...] 51. Având în vedere ansamblul acestor considerații, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente [...]”.

### C. OFERTA DEPUȘĂ DE SUBSCRISA ESTE ACCEPTABILĂ. RĂSPUNSURILE LA CLARIFICĂRI AU FOST CONCLUDENTE

50. Autoritatea contractantă a respins oferta drept inacceptabilă pe motiv că răspunsurile subscrisei la clarificări nu ar fi fost concludente. Cu toate acestea autoritatea nu a arătat în ce manieră aceste răspunsuri nu ar fi concludente. Mai precis, la momentul evaluării autoritatea contractantă a făcut abstracție de răspunsul la clarificări solicitat, apreciind succint că acesta nu prezintă relevanță.

51. Solicitarea de clarificări a vizat lămurirea nivelului sarcinii maxime pe osie raportat la datele oferite și în solicitările precedente de clarificări. Mai precis, autoritatea contractantă a oferit modalitatea sa de calcul în ceea ce privește sarcina maximă pe osie pornind de la raționamentul eronat potrivit căruia greutatea încărcăturii se calculează în raport de numărul fracționar al pasagerilor, respectiv numărul rotunjit al acestora.
52. Or, am detaliat pe larg în răspunsul la solicitarea de clarificări că diferența în ceea ce privește valoarea sarcinii pe osie între valoarea din oferta tehnică proprie și rezultatul la care a ajuns entitatea contractantă derivă din aplicarea de către Metrorex a unei cifre greșite în ceea ce privește numărul de pasageri.
53. Toate chestiuni sunt detaliate în răspunsul la clarificări al
54. După cum am arătat în cadrul Secțiunii B, subscrisa am efectuat un calcul corect al numărului de pasageri și, subsecvent, al gabaritului total al trenului. Acest gabarit total trebuie calculat în funcție de numărul de pasageri în parte întreagă.
55. Pentru acest motiv, nelegalitatea respingerii ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 este în legătură directă cu nelegalitatea respingerii ca neconformă a ofertei
56. Considerentele Secțiunii B a contestației sunt aplicabile *mutatis mutandis*.

#### D. PRECIZĂRI SUPLIMENTARE RELEVANTE

57. În secțiunile anterioare am arătat că decizia de descalificare a ofertei este una lipsită de temei legal.
58. În continuare, fără a constitui un temei de nelegalitate distinct, corecta informare a Consiliului impune a se arăta că viciul (inexistent) invocat de Metrorex este, chiar și în teorie, unul trivial, abuziv. Entitatea contractantă a atribuit contractul unei companii - cu o ofertă cu aproximativ 20% mai scumpă, în întindere de peste 100.000.000 EUR (!), invocând o pretinsă depășire (inexistentă) a sarcinii pe osie cu 0,007 tone. Or, criteriul identificat de entitatea contractantă EL 8 este de fapt rezultatul unui calcul teoretic al unei încărcături pe care trenul nu o are în realitate.
59. Potrivit definițiilor date în cuprinsul documentației de atribuire nivelul maxim al încărcării trenului este de 6 pasageri pe m<sup>2</sup>. De altfel, potrivit definiției acestui criteriu acesta este stadiul de încărcare în funcție de care se proiectează sistemul de tracțiune al trenului respectiv al boghiului.
60. Așadar, puterea trenului și unul din elementele determinante ale structurii trenului anume - boghiul sunt determinate în funcție de încărcarea maximală a trenului. Altfel spus, trenul poate funcționa la parametrii normali descriși de Caietul de sarcini cu o încărcare maximă de 6 pasageri pe m<sup>2</sup>.
61. Parametrii de 8 pasageri pe m<sup>2</sup>, respectiv de 10 pasageri pe m<sup>2</sup> au fost introduși în vederea stabilirii proiectării altor sisteme ale trenului. Mai precis este vorba despre instalația de frână, respectiv despre proiectarea structurii caroseriei. Însă, dacă aceste variabile sunt utilizate în vederea stabilirii structurii anumitor componente ale trenului, ele nu vor fi niciodată utilizate în exploatare.
62. În concret, valoarea maximală a încărcăturii trenului în exploatare este de 6 călători pe m<sup>2</sup>. În primul rând, însăși dispozițiile caietului de sarcini definesc acest stadiu drept acela de încărcare maximă. Acest argument este validat tehnic de faptul că în funcție de acest parametru se identifică puterea de tracțiune a trenului. Or, dacă trenul nu are puterea necesară de a transporta un număr mai mare de pasageri decât cel identificat ca fiind de 6 m<sup>2</sup>, este evident că gabaritul trenului nu va depăși niciodată această valoare.

63. De asemenea faptul că trenul nu va fi utilizat în exploatare cu o încărcare de 8 pasageri pe m<sup>2</sup> este confirmat și de faptul că - potrivit Caietului de sarcini - variabila EL 6 care definește starea de încărcare maximă este încărcarea de referință pentru structura boghiului.
64. Boghiul este componenta trenului care susține întreaga greutate a trenului, inclusiv osiile. Altfel spus, întregul vehicul este dimensionat astfel încât să poată fi susținut de boghiu. Or, câtă vreme pentru determinarea structurii acestuia este utilizată valoarea de referință EL 6, este evident că valoarea maximă a sarcinii pe osie trebuie raportată la acest factor.
65. Similar, în măsura în care autoritatea contractantă ar fi obligat ofertanții să calculeze gabaritul trenului în funcție de EL 10, acest aspect nu ar fi avut o relevanță practică în determinarea calculului referitor la sarcina maximă pe osie. Explicația este aceea că în exploatare nu se va opera niciodată cu o asemenea încărcătură, parametrul fiind utilizat exclusiv în vederea determinării modului de proiectare a structurii caroseriei.
66. De altfel, standardele concrete în domeniu evidențiază faptul că aceste valori nu sunt unele operaționale. Potrivit Standardului român în materia aplicațiilor feroviare - mase de referință a vehiculelor, starea de încărcare excepțională este una care are drept scop exclusiv designul trenului, iar aceste valori nu sunt utilizate în exploatare.<sup>9</sup>
67. Mai mult, potrivit aceluiași document, valoarea care trebuie luată în calcul în vederea determinării condițiilor de acces la infrastructură cum ar fi planificarea, consumul de energie, marcarea vehiculului, sarcina statică nominală pe osie etc., precum și pentru calculele LCC, este masa funcțională cu încărcare normală. Or, masa funcțională cu încărcare normală este reprezentată de masa vehiculului care prezintă un nivel mediu de consumabile și ocupată cu tot personalul necesar pentru îndeplinirea misiunii sale, dar fără nici o altă încărcare (adică: masa moartă plus cantități medii de consumabile plus personalul minus jumătate din uzura admisă pentru părțile supuse la uzură).
68. Precizările de mai sus sunt utile pentru a indica abuzul de drept comis de Metronex care a încălcat principiul eficienței utilizării a fondurilor, descalificând oferta pentru un motiv care nu are fundament legal, și, în plus, cu un caracter trivial.
69. În acest mod a obținut un contract de achiziție publică de o asemenea anvergură cu o ofertă însumând peste 100.000.000 EUR, cu aproximativ 20% mai scumpă decât cea a

\*\*\*

Pentru toate aceste considerente, vă solicităm ca prin decizia pe care o veți pronunța să dispuneți, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) - b) al Legii nr. 101/2016, anularea raportului procedurii de atribuire nr. M/09.01.01/921/2015.2020 prin care oferta depusă de asocierea a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, a adresei de comunicare a acestui rezultat, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte,

și, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

În drept, invocăm art. 8, art. 10 și art. 11 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale la care am făcut referire pe parcursului prezentei contestației.

<sup>9</sup> A se vedea pagina 17 a Anexei nr. 2

În probațiune, solicităm administrarea probei cu înscrisuri.

Comunicăm prezenta contestație, împreună cu înscrisurile anexate la aceasta, atât către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, cât și către entitatea contractantă. Comunicarea prezentei contestații se va face prin e-mail și poștă, cu scrisoare recomandată cu confirmare de primire.

De asemenea, în temeiul art. 19 al Legii nr. 101/2016, solicităm acces la dosarul constituit la Consiliu, pentru a putea studia în întregime documentele dosarului de achiziție publică.