



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1127/CB/1094, 1112

Data: 06.07.2020

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent (dosar 1094/2020), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22409/09.06.2020, înaintată de

... formulată împotriva raportului procedurii nr. M.09.01.01/931/29.05.2020, emis de METROREX SA, cu sediul în București, bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei - Iancușul”, s-a solicitat Consiliului:

1. în principal: anularea, în parte, a raportul procedurii, 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 contestatoarei;

1.2. rândului din tabelul inclus de Metrorex la pagina 8/11 în secțiunea 3.2.4 intitulată „Rezultatul evaluării ofertelor” referitor la oferta contestatoarei;

1.3. secțiunii 3.2.5 intitulată „Aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților”, punctajului obținut și a locului 1 ocupat de ofertantul ..., după evaluarea propunerii sale financiare având în vedere că, după declararea ca fiind acceptabilă și conformă a propunerii tehnice a contestatoarei, reținând că aceasta a ofertat un preț mai mic decât cel ofertat de ... în

virtutea criteriului prețului/de atribuire, contestatoarea este îndreptățită a fi declarată câștigătoare a acestei proceduri de achiziție;

2. în principal: obligarea 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 contestatoarei, 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 contestatoarei este:

2.1.1. acceptabilă raportat la prevederile art. 140 alin. 5, alin. 7 și alin. 8 interpretat per a contrario din HG nr. 394/2016;

2.1.2. conformă, raportat la prevederile art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016.

2.2. obligarea Metrorex la:

2.2.1. evaluarea ofertei contestatoarei, pentru a o declara admisibilă și pentru a stabili punctele propunerii sale tehnice și financiare, conform criteriilor din caietul de sarcini;

2.2.2. reevaluarea ofertei , 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 contestatoarei se clasează pe primul loc, în virtutea criteriilor din caietul de sarcini.

3. în subsidiarul capetelor 1 și 2, anularea întregii proceduri de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016.

4. obligarea Metrorex și a oricărei alte părți adverse în culpă, indiferent de calitatea sa procesuală, la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu judecarea prezentei cauze, atât în faza soluționării contestațiilor la CNSC, cât și în faza soluționării eventualelor plângeri la Curtea de Apel București.

Prin Încheierea nr. 1010/C8/1094 din 11.06.2020. Consiliul a respins, ca nefondată, cererea

cuprinsă în contestația sa fără număr, înregistrată la Consiliu cu nr. 22409/09.06.2020, de suspendare a procedurii de licitație deschisă amintită.

Prin adresa nr. 243/19.06.2020, înregistrată la Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24337/19.06.2020.

transmite cerere de intervenție, solicitând Consiliului admiterea cererii de intervenție astfel cum a fost formulată și respingerea contestației formulate de către ca neîntemeiată.

Prin contestația din data de 09.06.2020 (dosar 1112/2020), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22580/10.06.2020, formulată de

..... formulată împotriva rezultatului procedurii, emis de METROREX SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, s-a solicitat Consiliului anularea raportului procedurii nr. M.09.01.01/931 din 29.05.2020 prin care oferta depusă de a fost respinsă ca înacceptabilă și neconformă, a adreselor 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, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

Prin adresa nr. 244/19.06.2020, înregistrată la Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24338/19.06.2020,

..... transmite cerere de intervenție, solicitând Consiliului admiterea cererii de intervenție astfel cum a fost formulată și respingerea contestației formulată de către ca neîntemeiată.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor și a cererilor de intervenție, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care solicită:

1. în principal: anularea, în parte, a raportul procedurii, 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 contestatoarei;

1.2. rândului din tabelul inclus de Metrorex la pagina 8/11 în secțiunea 3.2.4 intitulată „Rezultatul evaluării ofertelor” referitor la oferta contestatoarei;

1.3. secțiunii 3.2.5 intitulată „Aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților”, punctajului obținut și a locului 1 ocupat de ofertantul , după evaluarea propunerii sale financiare având în vedere că, după declararea ca fiind acceptabilă și conformă a propunerii tehnice, reținând că a oferit un preț mai mic decât cel oferit de în virtutea criteriului prețului/de atribuire, contestatoarea este îndreptățită la a fi declarată câștigătoare acestei proceduri de achiziție publică;

2. în principal: obligarea 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 contestatoarei, 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 contestatoarei este:

2.1.1 acceptabilă raportat la prevederile art. 140 alin. 5, alin. 7 și alin. 8 interpretat per a contrario din HG nr. 394/2016, pentru că:

A. În principal, prin răspunsul de clarificare înregistrat sub nr. M.09.01.01/2197/06.12.2019, contestatoarea nu a 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 0 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 per a contrario 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 per a contrario 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 contestatoarea menționează prezența unei “abateri tehnice minore”.

2.1.2. conformă, raportat la prevederile art. 143 alin. a lit. a) din HG nr. 394/2016, pentru că prin propunerea tehnică formulată contestatoarea

și- a asumat și a 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. Contestatoarea nu a propus niciodată o valoare maximă de 14.076 kg, după cum a reținut autoritatea contractantă pentru vagonul Mp, ci 13.979 kg.

2.2. obligarea Metrorex la:

2.2.1. evaluarea ofertei contestatoarei, pentru a o declara admisibilă și pentru a stabili punctele propunerii sale tehnice și propunerii sale financiare, conform criteriilor din caietul de sarcini;

2.2.2. reevaluarea ofertei , 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 contestatoarei se clasează pe primul loc, în virtutea criteriilor din caietul de sarcini.

3. în subsidiarul capetelor 1 și 2 anularea întregii proceduri de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016, dacă, analizând contestația și eventualele contestații ale celorlalți ofertanți, Consiliul va concluziona că măsurile de remediere pe care le-ar putea dispune 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 judecătii în prezenta cauză.

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 contestației în temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016, art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016 , sub sancțiunea constatării nulității absolute a eventualului contract semnat cu ofertantul în temeiul art. 9 alin. 5 prima teză din Legea nr. 101/2016.

5. obligarea Metrorex și a oricărei alte părți adverse în culpă, indiferent de calitatea sa procesuală, la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu judecarea prezentei cauze, atât în faza soluționării contestațiilor la CNSC, cât și în faza soluționării eventualelor plângeri la Curtea de Apel București.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând următoarele:

I. Temeinicia capetelor principale 1 și 2 ale contestației. Nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii cu privire la respingerea ofertei tehnice depuse de ca fiind inacceptabilă și neconformă

1.1. Contestatoarea nu a modificat propunerea tehnică prin lămuririle sale. Decizia autorității contractante de a declara propunerea tehnică a contestatoarei ca fiind inacceptabilă este nelegală - consecințele aplicării jurisprudenței din cauza Tideland Signal v. Commission (T-211/02)

Contestatoarea menționează că 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 contestatoare este considerată inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016, motivând că prin răspunsul la clarificare nr. M.09.01.01/2197/06.12.2019 a fost modificat 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.”

1.1.1 Conținutul propunerii tehnice baza de la care trebuie să pornească analiza

În considerarea cerințelor tehnice fixe indicate în Secțiunea 1 introductivă a prezentei contestații, contestatoarea 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), contestatoarea 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-MZ+R2
PE SCAUN/CONTADOR			
ÎN PICIOARE/PE PIE (4p/m ²)			
TOTAL			

3. Greutatea boghiului

	VAGON-R	VAGON-Mp	VAGON-M

BOGHIU MOTOR	
BOGHIU REMORCĂ DE CARPAT	
BOGHIU REMORCĂ	

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

REZUMAT AL CALCULULUI GREUTĂȚILOR	R	Mp	M	TOTAL 6	
EL 0: TARĂ					kg
EL 4 NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (4 PASAGERI/M2)					
EL 6: MAXIM: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (6 PASAGERI/M2)					kg
EL 8: EXCEPȚIONAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (8 PASAGERI/M2)					kg

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

AXĂ SARCINĂ	R				Mp				M			
	Axa 1	Axa 2	Axa 3	Axa 4	Axa 1	Axa 2	Axa 3	Axa 4	Axa 1	Axa 2	Axa 3	Axa 4
EL 0												
EL 4												
EL 6												
EL 8												

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 greutății estimate a boghiului, a rezultat:

- greutatea unui vagon de tip R cel mai ușor în stare ELo de 27.900 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.

Contestatoarea menționează că luând în considerare marja teoretică de estimare a greutăților componentelor întregului vagon tip R (cel mai ușor) și tip Mp (cel mai greu) de +/- 3%, se observă o plajă de variabilitate potențială a greutății 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).

Astfel, ajustarea greutăților estimate în interiorul acestei marje trebuie permisă, estimarea totală teoretică a greutății trenului (174,776 kg) și implicit greutatea maximă per osie asumate de căți nefiind modificate.

I.1.2. Solicitățile tendențioase de clarificări ale Metrorex au anticipat decizia de a descalifica oferta contestatoarei pe criteriul tehnic - învățămintele 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, prin solicitarea de clarificare nr. 1, autoritatea contractantă a sugerat contestatoarei un calcul al greutateților estimate pentru întregul tren, conform căruia greutatețile estimate inițial de către 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 a calculului său vădit eronat.

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 - R18828 kg, Vagon - Mp 17707 kg și Vagon -M17356 kg.”

Rezumat al calculului greutăților	R	Mp	M	TOTAL 6 VAGOANE
EL 0: TARĂ				kg
EL 4: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (4 PASAGERI/M2)				kg
EL 6: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (6 PASAGERI/M2)				kg
EL 8: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE + ÎN PICIOARE (8 PASAGERI/M2)				kg

solicitând totodată contestatoarei să își exprime acceptul cu privire la calculul său.

Urmare a acestei solicitări de clarificare, contestatoarea a transmis următorul răspuns:

„Sistemul de calcul efectuat și greutatețile totale calculate de Metrorex nu sunt corecte. După cum este indicat în răspunsul nr. 8 al primului lot de întrebări tehnice, confirmă că greutatea totală în tara (EL 0) este de 174,8 tone, după cum se menționează în anexa 12, partea 2.1 Cerințe

Tehnice Minimize și în SICAP, secțiunea factori de evaluare a ofertei noastre livrate în luna august. În consecință, restul greutăților totale (EL 4, EL 6 și EL 8) declarate în anexa 12 și în partea 2.1 Cerințe Tehnice Minimize din oferta noastră livrată în luna august sunt corecte."

Contestatoarea a efectuat rectificarea valorilor maselor estimative indicate în Anexa 12 inițială, cu luarea în considerare, de această dată, a greutății de 1040 kg, în loc de 575 kg, sens în care a furnizat autorității contractante o nouă Anexa 12, respectiv Anexa 12 ulterioară, 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 ELo (fără calatori) și sarcina maximă pe fiecare axă în stare de încărcare EL8 rămânând neschimbate.

Contestatoarea menționează 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 contestatoarei din procedura de atribuire pe motiv că a procedat la îndreptarea unei erori prin ajustarea unor mase estimate, atâta timp cât aceste mase estimate sunt, prin natura lor, modificabile.

Ca agravantă a Intenției Metrorex de a preconstitui "dovezi" în sprijinul descalificării ofertei contestatoarei, aceasta precizează că:

- Metrorex nu a inclus în caietul de sarcini 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, autoritatea contractantă nu a ținut seama nici măcar de marja de eroare de +/-15% a greutății unităților de ventilație, pe care contestatoarea a indicat-o de la bun început în tabelul cu masele estimate ale sistemelor/sub-sistemelor.

Contestatoarea apreciază că 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.

Contestatoarea invocă principiul statuat în Hotărârea pronunțată în cauza T-211/02, la data de 27 septembrie 2002.

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

Contestatoarea 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.

Contestatoarea menționează că standardul menționat definește un set de mase de referință care sunt utilizate pentru stabilirea cerințelor

referitoare la proiectarea, încercarea, recepția, marcarea și exploatarea trenurilor de metrou.

Astfel, având în vedere că autoritatea contractantă nu a impus prin caietul de sarcini o toleranță cu privire la estimarea greutateilor, contestatoarea s-a raportat în redactarea estimărilor Anexei 12, la specificația tehnică adoptată prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 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.

Contestatoarea consideră 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 oferită de către participanți, astfel încât evaluarea ofertelor tehnice să se facă prin raportare la aceleași criterii de toleranță.

Mai mult, autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări cu privire la toleranțele asumate de către contestatoare, excluzând astfel fără nicio justificare și în mod nerezonabil posibilitatea corectării erorii petentei 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.

Contestatoarea consideră că are dreptul de a detalia propunerea sa 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 sale și greutatea acestora a fost inclusă în calculul greutății totale, iar sarcina maximă per osie a rămas tot de 13,979 tone și după operarea interșanjării maselor estimate ale altor sub-componente, în interiorul marjei acceptate în Industrie de +/- 3%.

I.1.4. Propunerea tehnică a contestatoarei nu a fost modificată întrucât există o abatere tehnică minoră 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 contestatoare pentru 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.

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

În al doilea rând, contestatoarea menționează că luarea în calculul greutății vagonului de tip Mp 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 petenta a avut-o în vedere de la început în cuprinsul ofertei tehnice și că această corectare/completare a omisiunii s-a putut realiza într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

Contestatoarea precizează că nu este 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 financiare/a prețului oferit. De altfel, rectificarea realizată prin Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică nu ar avea cum să modifice prețul total al ofertei, câtă vreme nu se modifică sub nicio formă greutatea estimată 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 nu au fost schimbate;

d) modificarea greutăților unora dintre sub-componente nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, tocmai pentru că diminuarea greutăților 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, nefacându-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).

Astfel, decizia autorității contractante de a respinge oferta tehnică a contestatoarei 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 prejudicieze semnificativ contestatoarea. Astfel, autoritatea contractantă nu a realizat evaluarea ofertei tehnice depuse de contestatoare prin aplicarea integrală a prevederilor legale care reglementează această activitate a comisiei de evaluare.

Or, autoritatea contractantă nu a realizat evaluarea ofertei contestatoarei 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.

II.2 Propunerea tehnică a contestatoarei a fost conformă și a rămas conformă în completarea susținerilor din întreaga secțiune I.1. Contestatoarea menționează că Metrorex trebuia să rețină că valorile fixe asumate prin propunerea tehnică au fost și au rămas neschimbate, cu consecința logică de respectare a prevederilor caietului de sarcini și cu consecința procedurală de a considera propunerea sa tehnică ca fiind conformă, raportat la prevederile art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016.

Faptul, constatat de către autoritatea contractantă 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 contestatoare prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 1. De altfel, așa cum a precizat și în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 8, contestatoarea a luat în considerare întotdeauna în oferta sa tehnică două unități de ventilație per vagon în toate simulările și calculele declarate în oferta, și inclusiv în oferta financiară, eroarea purtând strict asupra tabelului de greutate estimate ale subansamblelor ce compun carcasa vagonului.

În consecință, contestatoarea a efectuat rectificarea valorilor greutăților estimative indicate în Anexa 12 inițială, cu luarea în considerare, de această dată, a greutății 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 greutăți finale, astfel încât rezultatul din Anexa 12 inițială 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 greutăților întregului vagon permite o fluctuație a greutăților orientative furnizate în Anexa 12 de aproximativ 840 kg/vagon, rectificarea tabelului greutăților 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.

Contestatoarea invocă jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, prevederile art. 221 alin. 1 din Legea nr. 99/2016, precum și art. 133 alin. 1 din HG nr. 394/2016.

Având în vedere prevederile invocate, se poate deduce faptul că legiuitorul impune 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 datorare 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.

II. Temeinicia capătului 3 de cerere - susținut în subsidiarul capetelor 1 și 2 de cerere

Contestatoarea solicită anularea întregii proceduri de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016 dacă, analizând contestația și eventualele contestații ale celorlalți ofertanți, Consiliul va concluziona că măsurile de remediere pe care le putea 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,
- "transparența" 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 TFUE 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 principiilor exprimate în TFUE, adaptate la specificul achizițiilor publice.

Contestatoarea menționează că 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.

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.”

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a încălcat principiile privind recunoașterea reciprocă, nediscriminarea și tratamentul egal, proporționalitatea și transparența.

De asemenea, contestatoarea apreciază că dispunerea oricăror reevaluări și evaluări ale oricăror propuneri tehnice și/sau financiare nu pot asigura că arbitriul 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.

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.

În cazul contestației, 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 interșanjările valorilor estimate de petentă, câtă vreme valoarea fixă de 14 tone per osie nu era modificată.

II.1. Încălcarea principiului recunoașterii reciproce de către autoritatea contractantă

Contestatoarea invocă jurisprudența CJUE- cauza Medipacih.

II.2. Încălcarea principiilor nediscriminării de către Metrorex

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 18 TFUE, menționând că autoritățile contractante nu ar trebui să impună condiții ce cauzează discriminare directă sau indirectă față 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.

Or, 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 pentru masele sub-componentelor unui vagon trebuiau să fie fixe.

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a redactat documentația tehnică, nu pentru a identifica cel mai bun produs (materialul) care ar fi putut fi proiectat și construit de un profesionist al domeniului, ci pentru a putea alege părțitorul ofertantului care se rezumă la simple estimări nerealist de scăzute.

Neimpunând marje pentru estimări, cum era de altfel obligatoriu, autoritatea contractantă a transformat această procedură de achiziție publică într-un concurs, ofertantul propunând estimări mai mici cu privire la masele sub-componentelor.

Contestatoarea apreciază că este eroarea de concepție a procedurii din perspectivă tehnică, care a dat ocazia discriminării sale și, probabil, și a altor ofertanți descalificați pe baza aceleiași interpretări părtinitoare.

II.3. Încălcarea principiului tratamentului egal de către Metrorex

Contestatoarea invocă jurisprudența CJUE - cauza Parking Brixenig.

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 modificarea a propunerii tehnice.

Raportat la ofertantul contestatoarea a avut parte de un tratament discriminatoriu, deși chiar și propunerea tehnică a acestui ofertant este constituită tot din valori estimate.

Pentru a admite că autoritatea contractantă putea în mod legal adresa solicitări de clarificări în maniera în care a făcut-o în privința contestatoarei, ar fi trebuit ca autoritatea contractantă să pună la îndoială și corectitudinea estimărilor ofertantului

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.

II.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 inconveniente 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.

Contestatoarea invocă Hotărârea Curții din 5 mai 1998, cauza C-157/96 National Farmers' Union și alții, Cauza T-195/08, AntwerpseBouwwerken NV contra Comisiei, Cauza CT-211/02 Tideland Signal v Commission.

În procedura de față, pentru interesul admiterii acestui al treilea capăt de cerere, Metrorex a avut o conduită similară celei avute de autoritatea contractantă din cauza Tideland Signal.

Contestatoarea menționează că modul în care Metrorex își fundamentează decizia de respingere a ofertei sale tehnice, 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, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere o corelare rezonabilă între 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.

II.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 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

Contestatoarea invocă cauza CJUE T-50/05 Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE.

În procedura de față, autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței de o manieră ce 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 ofertanților.

De asemenea, contestatoarea invocă cauza Nord Pas de Calais.

În procedura de față, autoritatea contractantă 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 ideii de estimări ale maselor sub-componentelor.

Contestatoarea menționează că 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 sarcini.

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 operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție publică, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor 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 cauză.

Contestatoarea menționează că un ultim episod de lipsă de transparență din partea Metrorex s-a consumat atunci când contestatoarei i-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.

Contestatoarea solicită acces la dosarul constituit la Consiliu rezervându-și dreptul de a dezvolta/completa contestația cu alte motive de nelegalitate/nereguli de a căror existență nu are cunoștință la acest moment, dar pe care le va putea identifica ulterior studierii dosarului de achiziție publică.

În drept, contestatoarea invocă legea nr. 99/2016; HG nr. 394/2016; Legea nr. 101/2016

În probațiune, contestatoarea depune înscrisuri.

Prin adresa nr. 1064/15.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23401/15.06.2020, autoritatea contractantă, transmite punct de vedere referitor la contestația depusă de către solicitând respingerea acesteia ca nefondată și netemeinică.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că în data de 09.06.2020, a depus o

contestație împotriva raportului procedurii nr.
M09.01.01/931/29.05.2020.

Împotriva rezultatului procedurii a mai fost înregistrată contestația depusă de

Pe excepție, în temeiul prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea 101 /2016, modificată și completată, autoritatea contractantă invocă excepția conexării contestațiilor înregistrate în cadrul prezentei proceduri, astfel cum au fost acestea menționate mai sus, în scopul asigurării unei mai bune judecăți și a unei mai bune administrări a justiției, cu tratarea unitară a aspectelor de particularitate aferente procedurii.

Pe fond, în raport de aspectele sesizate la punctele I și III din contestație, pentru clarificarea și susținerea deciziei adoptate de autoritatea contractantă, în procesul de evaluare a ofertei depuse de proces desfășurat cu sprijinul unui consultant specializat, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Interpretarea contestatoarei potrivit căreia, prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 s-ar referi exclusiv la modificări ale elementelor pentru care au fost stabilite prin caietul de sarcini cerințe tehnice minimale, denumite în contestație valori fixe, în timp ce modificări ale elementelor pentru care s-a acordat ofertanților libertatea de a estima nu ar trebui să se plaseze sub incidența prevederilor menționate, este eronată.

Afirmația contestatoarei potrivit căreia, cerințele/condițiile tehnice minimale s-ar limita doar la cele prevăzute în tabelele de la pag. 138 din caietul de sarcini este contrazisă de instrucțiunile prevăzute în Secțiunea I - Fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, unde se precizează obligația ofertanților de a elabora propunerea tehnică astfel încât să urmărească întocmai succesiunea capitolelor/cerințelor prevăzute în caietul de sarcini cu prezentarea detaliată a modului de îndeplinire a condițiilor/cerințelor prevăzute în caietul de sarcini (Secțiunea II din Documentația de atribuire), acestea fiind considerate cerințe minimale, precum și a oricăror documente edificatoare în susținere.

Corespunzător înțelegerii evidențiate la pag. 6 din contestație *"suntem în drept să estimăm în propunerea noastră tehnică atât masa totală a fiecărui vagon din cele 6, cât și masa fiecărui sistem/ subsistem din alcătuirea acestor vagoane"*, ofertantul a elaborat Anexa 12 din propunerea tehnică depusă. Ulterior, prin răspunsul ofertantului prezentat în data de 05.12.2019, acesta califică drept eronat calculul efectuat de autoritatea contractantă pentru corectarea unui viciu de formă constatat în documentul Anexa 12 din propunerea tehnică, desi corecția se rezumă la înlocuirea valorii eronate pentru masa instalației de aer condiționat cu valoarea corectă.

Față de corecția efectuată de autoritatea contractantă în Anexa 12 din propunerea tehnică, prin înlocuirea valorii eronate (575 kg)

menționate pentru masa instalației de aer condiționat cu valoarea corectă, contestatoarea consideră că, în mod eronat, autoritatea contractantă a tratat greutatele estimate ca valori fixe nemodificabile/de neschimbat, considerând că modul corect de efectuare a corecției viciului de formă menționat este cel care se regăsește în răspunsul său de clarificare transmis în data de 05.12.2019. Astfel, raportat la conținutul Anexei 12, contestatoarea declară că aceasta conține valori ale greutateilor ajustate/inter-șanjate pentru mai multe subansamble/sub-componente pentru a îndrepta omisiunea, calificând astfel modificările efectuate în ceea ce privește conținutul propunerii tehnice, respectiv modificările efectuate în cadrul Anexei 12 din propunerea tehnică.

În încercarea susținerii incidenței prevederilor alin. (6) al art. 140 din HG 394/2016, prin calificarea modificărilor efectuate față de conținutul propunerii tehnice inițiale ca fiind corecții ale unor abateri tehnice minore, autoritatea contractantă consideră că temeiul invocat nu este sustenabil. Astfel, autoritatea contractantă nu poate fi de acord cu afirmația potrivit căreia "*ajustarea greutateilor estimate în interiorul acestei marje (n.n.: se referă la marja menționată în ofertă + 3%) trebuie permisă*", aceasta însemnând în fapt modificare a conținutului propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă apreciază ca neîntemeiate susținerile contestatoarei, potrivit cărora modificările efectuate prin răspunsul de clarificare reprezintă corecții ale unor abateri tehnice minore, întemeiat de aceasta pe faptul că se încadrează în marja declarată în ofertă, deoarece această marjă este prevăzută în ofertă cu altă destinație. Astfel, utilizarea acestei marje pentru modificări ale valorilor declarate inițial în cadrul ofertei, conform raționamentului prezentat în contestație, se constituie de asemenea ca o modificare a condițiilor asumate prin ofertă.

Pentru lămurirea aspectelor de ordin tehnic invocate prin contestație, inclusiv cu privire la prevederile reglementărilor standardului European EN 15663:2017+A1 și Regulamentului Comisiei Europene nr. 1302/2014, autoritatea contractantă anexează punctul de vedere al experților tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare (Anexa nr. 1).

Cu referire la opinia contestatoarei privind lipsa de diligență în procesul de evaluare, autoritatea contractantă consideră că argumentația acesteia privind modul în care consideră că ar fi trebuit să acționeze autoritatea după constatarea modificărilor efectuate asupra conținutului propunerii tehnice prin răspunsul de clarificare, respectiv să solicite clarificări suplimentare și nu să respingă oferta, nu ține seama de următoarele aspecte:

- prin solicitarea de clarificări din data de 26.11.2019 (Anexa nr. 2) s-a cerut acceptul ofertantului pentru corectarea viciului de formă constat, corectare efectuată de autoritatea contractantă, prin simpla implementare în cadrul propunerii tehnice (documentul Anexa 12) a informației corecte precizate de ofertant în răspunsul de clarificare anterior (înlocuirea valorii eronate menționate pentru masa instalației de aer

condiționat de 575 kg, cu valoarea corectă de 1040 kg, valoare confirmată prin răspunsul ofertantului);

- răspunsul ofertantului din data de 05.12.2019 (Anexa nr. 3), precizează că "...sistemul de calcul efectuat și greutatețile totale calculate de METROREX nu sunt corecte. [...]. După cum ați solicitat, atașăm estimarea greutateților ofertei, în același format care a fost prezentat anterior, reflectând soluția oferită în august (n.n: oferta inițială)."

- în fapt, în cadrul răspunsului de clarificare prezintă documentul Anexa 12 revizuit, conținând, pe lângă corectarea viciului de formă, modificări evidente (micșorări) ale maselor unor subansambluri și componente față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială.

- corectarea masei prevăzută inițial în calcul (informațiile cuprinse în oferta inițială. Anexa 12, subcapitolul 4 - Greutatea vagonului) pe baza informației comunicată de ofertant prin răspunsul de clarificare înregistrat la METROREX cu nr. M.09.01.01/ 2197/ 06.12.2019, respectiv de la 1 unitate x 575 kg la 2 unități x 520 kg = 1040 kg, ar fi determinat depășirea valorii maxime acceptate pentru sarcina maximă pe osie de 14 tone impusa prin caietul de sarcini. Astfel, prin corectarea viciului de formă privind masa luată în calcul pentru instalația de ventilație forțată cu refrigerare cu respectarea prevederilor art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, a rezultat că masa totală a vagonului Mp în starea de încărcare EL 8 (8 cal./m²) este de 56305 kg. Rezultă astfel că sarcina maximă pe osie a acestui vagon este de 14,076 tone, depășind valoarea maximă admisă de 14 tone, prevăzută în caietul de sarcini.

În adoptarea unei decizii privind aspectul constat, respectiv în ceea ce privește depășirea sarcinii maxime pe osie prevăzute prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a avut în vedere în procesul de evaluare, următoarele aspecte:

- Sarcina maximă pe osie este un parametru deosebit de important al oricărui sistem feroviar care determină implicații pentru doua sisteme ale acestuia, calea de rulare și materialul rulant, precum și întreaga infrastructură a căii ferate.

- Parametrul tehnic sarcina maximă pe osie se stabilește în funcție de cerințele specifice ale căii ferate respective, de la începutul studiilor efectuate pentru definirea acesteia, și anume încă din faza de studiu de fezabilitate. Odată definit și aprobat, acest parametru tehnic este apoi utilizat în toate studiile de proiectare ale infrastructurii, ale căii de rulare și ale materialului rulant. Toate aceste trei elemente sunt proiectate și apoi construite ținându-se cont între altele de acest parametru.

- Indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții Magistrala 5 de metrou, aprobați prin HG nr. 374/03.06.2019 au fost stabiliți prin Studiul de fezabilitate aferent obiectivului, documentație tehnico-economică în cadrul căreia se regăsesc prevăzute inclusiv caracteristicile tehnice principale și parametri tehnologici și pentru materialul rulant, sarcina maximă pe osie fiind prevăzută la 14 tone.

Acest parametru nu are toleranțe, fiind prevăzută o valoare maximă admisibilă care nu trebuie depășită. Ca atare, infrastructura magistralei 5

(tunelul) și calea de rulare au fost proiectate și construite pentru această valoare maximă admisă a sarcinii pe osie.

- Pentru considerentele mai sus evidențiate, această valoare maximă a sarcinii pe osie a fost impusă prin caietul de sarcini și pentru materialul rulant care urmează să fie achiziționat, acesta trebuind să se afle sub această valoare maximă admisibilă de 14 tone.

- Prin documentația de atribuire nu se prevede posibilitatea ca ofertele să se abată de la cerința privind sarcina pe osie, acest parametru fiind prevăzut în mod clar ca valoare maximă admisibilă.

- Admiterea depășirii valorii sarcinii maxime pe osie pentru materialul rulant, determină implicații asupra celorlalte două elemente importante ale sistemului feroviar de metrou al magistralei 5 și anume asupra caili de rulare și respectiv a infrastructurii - tunelului astfel :

- Dezvoltarea unor eforturi statice și dinamice în calea de rulare și în tunel peste limitele pentru care acestea au fost proiectate și construite,

- Uzura accentuată a caili de rulare, cu o viteză de uzură peste cea la care aceasta a fost proiectată și construită,

- Supunerea caili de rulare și a tunelului la eforturi de oboseală peste limitele la care acestea au fost proiectate și construite,

- Necesitatea de a asigura operațiuni de inspecție, întreținere și mentenanță ale caili de rulare și ale tunelului mai dese decât cele preconizate de către constructorul acestora, ceea ce s-ar traduce prin cheltuieli de mentenanță preventivă majorate care ar trebui asigurate de Metrorex SA.

- Posibilitatea de a avea defecte intempestive ale caili și ale tunelului, care ar putea avea ca repercusiuni chiar întreruperea exploatarei normale și pentru care ar fi necesare operațiuni de mentenanță corectivă scumpe, care de asemenea ar trebui asigurate de Metrorex SA.

Față de cele expuse a rezultat concluzia privind imposibilitatea acceptării soluției tehnice propuse ca urmare a faptului că valoarea pentru parametrul sarcina pe osie a materialului rulant este stabilită la nivelul studiului de fezabilitate, ca valoare maximă admisă pentru evitarea riscurilor deosebite ce pot afecta componentele sistemului feroviar, situație care nu poate fi considerată a se încadra în categoria abaterilor tehnice minore deoarece, pentru acest parametru, documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerința exactă din caietul de sarcini.

Raportat la aspectele prezentate, ținând seama și de prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, modificată și completată, autoritatea contractantă consideră neîntemeiate criticile contestatoarei prin care califică acțiunile autorității ca lipsă de diligență sau rea credință.

Autoritatea contractantă nu a respins oferta fără a solicita înlăturarea aspectelor neclare sau a neconcordanțelor constatate, ci a solicitat clarificări.

Răspunsul ofertantului prezentat în data de 05.12.2019, precizează că sistemul de calcul efectuat și greutatea totale calculate de autoritatea

contractantă nu sunt corecte, răspunsul continuând în același mod eliptic „atașăm estimarea greutăților ofertei, în același format care a fost prezentat anterior, reflectând soluția oferită în august.” Față de răspunsul prezentat de ofertant și având în vedere constatarea modificărilor evidente efectuate fără nicio explicație, autoritatea contractantă consideră că decizia adoptată este corectă și legală.

Cu privire la critica formulată de contestatoare, și anume, încălcarea principiului recunoașterii reciproce de către METROREX, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată aceasta critică deoarece susținerile contestatoarei potrivit cărora respingerea ofertei sale ar reprezenta o încălcare a principiului menționat este lipsită de relevanță.

Astfel, autoritatea contractantă nu a respins oferta motivat de neacceptarea structurării ofertei pe baza prevederilor unui standard european, aplicabil în practica statului membru căruia îi aparține ofertantul, motivul respingerii nefiind nicidecum faptul că prin propunerea tehnică a fost prevăzută o marjă de + 3% ca toleranță pentru materialul rulant construit.

În fapt, motivul respingerii ofertei a fost acela precizat și în comunicarea privind rezultatul procedurii și detaliat în punctul de vedere, respectiv modificarea conținutului propunerii tehnice printr-un răspuns de clarificare.

Cu privire la critica formulată de contestatoare privind încălcarea principiului nediscriminării de către METROREX, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată aceasta critică deoarece susținerile contestatoarei determină dificultatea înțelegerii și formulării de clarificări și/sau apărări.

Cu privire la critica formulată de contestatoare privind încălcarea principiului tratamentului egal de către METROREX, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată aceasta critică, susținerile contestatoarei potrivit cărora respingerea ofertei sale ar reprezenta un tratament discriminatoriu fiind întemeiate pe aceeași neînțelegere și confuzie exprimată și anterior în contestație, la acest punct afirmațiile contestatoarei fiind chiar contradictorii și, în mod evident bazate pe simple supoziții cu privire la oferta unui competitor.

Totodată, în opinia autorității contractante, concluzia enunțată de contestatoare în finalul acestui capitol are la bază aceeași neînțelegere cu privire la posibilitatea de a uza de marja de toleranță declarată în ofertă, contestatoarea înțelegând că este permisă efectuarea de modificări la nivelul valorilor declarate în propunerea tehnică depusă în limita marjei declarate.

Cu privire la critica formulată de contestatoare privind încălcarea principiului proporționalității de către METROREX, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată aceasta critică deoarece susținerile acesteia potrivit cărora respingerea ofertei sale ar reprezenta o măsură vădit disproporționată raportat la complexitatea ofertei sunt bazate pe simple afirmații privind deficiențele minore din oferta sa care au atras măsuri necorelate și disproporționate.

Contestatoarea face abstracție de faptul că prin răspunsul prezentat în data de 05.12.2019, precizează că sistemul de calcul efectuat și greutatea totale calculate de METROREX nu sunt corecte, răspunsul continuând în același mod *"atașăm estimarea greutăților ofertei, în același format care a fost prezentat anterior, reflectând soluția oferită în august"*. Astfel, raportat la solicitarea formulată, autoritatea contractantă apreciază că răspunsul ofertantului dovedește cel puțin lipsa de interes pentru lămurirea aspectelor neclare și pentru corectarea erorilor/omisiunilor din cadrul ofertei, în sensul și cu respectarea prevederilor legale, acesta înțelegând să opereze modificări evidente (micșorări ale maselor unor subansambluri și componente față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială) fără nicio explicație.

Cu privire la critica formulată de contestatoare privind încălcarea principiului transparenței de către METROREX, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată aceasta critică deoarece criticile sunt formulate cu caracter general, fără referințe concrete la situația particulară și întemeiate pe simple speculații.

Autoritatea contractantă menționează că în cadrul procedurilor de achiziție sunt promovate condiții corecte, legale, clar exprimate, de natură să permită oricărui operator economic interesat elaborarea în bune condiții a ofertei. Astfel, legiutorul a prevăzut dreptul operatorilor economici interesați de a formula observații/obiecții sau chiar contestării față de cerințele/condițiile stabilite prin documentația de atribuire publicată. Eventuale observații promovate cu bună credință de operatori cu experiență în domeniu, în termenul prevăzut de lege ar fi fost de un real folos în cadrul prezentei proceduri, servind deopotrivă intereselor METROREX SA de a achiziționa material rulant performant și intereselor operatorilor economici interesați de o competiție echilibrată și corectă. Pe de altă parte, depunerea ofertelor încumba asumarea de către ofertanți a respectării condițiilor procedurii.

Față de criticile contestatoarei privind limitarea accesului la înscrisurile încheiate în procesul de evaluare, astfel cum rezultă și din procesul verbal încheiat cu ocazia prezentării la sediul METROREX SA a reprezentanților desemnați, autoritatea contractantă a asigurat accesul neîngrădit la documentele prevăzute la art. 231 alin. (6) din Legea 99/2016, inclusiv copii ale acestor documente.

În probațiune, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 243/19.06.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24337/19.06.2020,

_____ a transmis cerere de intervenție, solicitând Consiliului admitereți prezenta cerere de intervenție, astfel cum a fost formulată și respingerea contestației promovată de către _____ ca neîntemeiată.

Cu titlu preliminar, intervenientul, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/20163, solicită Consiliului:

- încuviințarea accesului la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor pe care le va considera relevante care nu sunt

protejate de confidențialitate, respectiv contestația (versiune ne-anonimizată) și anexele acesteia;

- să ia act de solicitarea privind respectarea caracterului confidențial al ofertei și să nu permită accesul contestatoarei la propunerea tehnică, propunerea financiară, clarificările și răspunsurile la clarificări, inclusiv documentele suport, precum și orice alte documente depuse de intervenient în cadrul ofertei sau prin care a fost analizată oferta

I. Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, învederează art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și dispozițiile art. 61 din C. pr. Civ.

II. Cu privire la caracterul confidențial al ofertei, intervenientul menționează că oferta în integralitatea sa are caracter confidențial.

Intervenientul învederează dispozițiile art. 70 alin. (1), precum și art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

Dată fiind existența declarației de confidențialitate, consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al în acest sens fiind teza finală a dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Or, câtă vreme intervenientul se opune dezvăluirii ofertei către competitorii săi, rezultă că nu se poate acționa în sens contrar.

Intervenientul menționează că oferta sa conține informații privind activitatea comercială, a căror dezvăluire ar fi de natură să aducă atingere secretelor de afaceri/comerciale, încălcându-se astfel normele de concurență privind informațiile comerciale sensibile. Intervenientul învederează Ordinului Consiliului Concurenței nr. 421/2011.

depus în cadrul ofertei calculele, metodologiile de lucru, planurile și modelul financiar pe baza căruia a elaborat propunerea tehnică și financiară.

La nivel de grup, în cadrul există departamente dedicate dezvoltării științifice/tehnologice, a căror activitate se concretizează în dezvoltarea de tehnologii de lucru protejate, fiind în permanență preocupată de identificarea celor mai eficiente tehnologii de lucru și metode de execuție și, desigur, de protejarea acestora față de competitori.

Prin natura sa, domeniul de activitate în care activează promovează inovația, orice tehnologie nouă, respectiv metodă de eficientizare a proceselor de producție aduce beneficii care, desigur, sunt extrem de bine protejate tocmai pentru a fi valorizate, ca elemente distinctive, în cadrul proiectelor. Mai mult decât atât, descrierile conținute în propunerea tehnică și financiară nu identifică, desigur, punctual practica proprie, ea rezultă din totalul analizei celor două propuneri și trebuie protejată tocmai pentru că, sub formă de întreg, propunerile tehnice și financiare reflectă know-how-ul și metodele unice ale operatorului;

Intervenientul precizează că oferta, în ansamblul său, reprezintă un produs intelectual.

Jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene protejează caracterul confidențial al ofertelor depuse în cadrul procedurilor de atribuire, în acest sens, intervenientul menționează:

- Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva frtat Belge;

- Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T- 532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară,

Prin urmare, intervenientul solicită Consiliului să constate caracterul confidențial al ofertei și să nu permită accesul contestatorului la propunerea tehnică, propunerea financiară, clarificările și răspunsurile la clarificări, inclusiv documentele suport, precum și orice alte documente depuse în cadrul ofertei.

III. Cu privire la cronologia datelor relevante, intervenientul prezintă istoricul desfășurării procedurii de atribuire, precum și criticile invocate de către contestatoare.

IV. Cu privire la argumentația în drept, intervenientul menționează că relevante pentru circumstanțierea netemeinicii criticilor sunt următoarele aspecte:

- oferta a fost respinsă din procedura de atribuire atât urmare a constatării unei modificări a propunerii tehnice prin răspunsurile la clarificări, cât și urmare a neconformității acesteia în raport de cerințele impuse prin caietul de sarcini. a contestat evaluarea ofertei sale;

- recunoaște că și-a modificat propunerea tehnică, însă consideră, în mod neîntemeiat, că ar fi permisă o astfel de conduită.

- Entitatea contractantă a procedat în mod corect la respingerea ofertei având în vedere că:

- Metrorex a constatat o neconcordanță în cadrul propunerii tehnice privind greutatea și numărul unităților de ventilație forțată cu refrigerare pe fiecare vagon dat fiind că în cadrul Anexei nr. 12 fost indicată o singură unitate cu o greutate de 575 kg, iar în Anexa nr. 13 au fost indicate 2 unități cu o greutate de 520 kg;

- a recunoscut eroarea de greutate și număr a unităților de ventilație forțată cu refrigerare pe fiecare vagon;

- a retransmis Anexa nr. 12 și a modificat în cadrul acesteia mai multe valori ale greutăților componentelor pentru a ajusta greutatea indicată în cadrul ofertei cu includerea greutății celor două unități;

- a stabilit în mod discreționar o marjă de +/-3%" pentru masele estimate ale altor sub-comportamente decât a unităților de ventilație forțată cu refrigerare;

- față de oferta nu a fost formulată nicio critică, deși se solicită reevaluarea acesteia.

Simplele alegații se bazează strict pe oferta depusă de către contestatoare, fără a fi probate și/sau demonstrate în concret. Prin urmare, criticile formulate față de nu sunt de natură a conduce la reevaluarea ofertei, aceasta fiind evaluată în mod corect cu

respectarea cerințelor impuse prin documentația de atribuire, rezultatul acestuia fiind confirmat.

Intervenientul menționează că Metrorex a dispus în mod corect măsura respingerii ofertei. Contestatoarea și-a modificat propunerea tehnică prin răspunsurile la solicitările de clarificare. La momentul depunerii Anexei nr. 12, a modificat valorile greutăților mai multor subansamble/sub-componente

1. Ofertanții nu au posibilitatea de a modifica propunerea tehnică prin răspunsurile la clarificări

Din interpretarea corectă a dispozițiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016 și a art. 140 alin. (7) din HG nr. 394/2016 rezultă că (i) pot fi solicitate clarificări doar dacă informațiile prezentate în ofertă sunt eronate sau incomplete; și (ii) modificarea propunerii tehnice poate fi operată doar dacă se complinesc anumite omisiuni sau abateri; și (iii) nu se pot modifica anumite aspecte din conținutul propunerii tehnice care nu prezintă ambiguități.

2. Valorile inițial indicate în cadrul propunerii tehnice au fost modificate prin răspunsul la solicitarea de clarificare. Neîncadrarea modificărilor în situațiile de excepție

Autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta din procedura de atribuire având în vedere că necorelarea dintre Anexa nr. 12 și Anexa nr. 13 din cadrul propunerii tehnice a fost modificată prin redepunerea documentelor rectificate. Entitatea contractantă a solicitat clarificări privind numărul și greutatea unităților de ventilație forțată cu refrigerare pe fiecare vagon, a recunoscut eroarea din cadrul Anexei nr. 12, iar prin redepunerea documentului a rectificat-o. Astfel, prin solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 221 din Legea nr. 99/2016 și a permis corectarea informațiilor eronate din cadrul Anexei nr. 12.

Contestatoarea avea obligația de îndrepta eroarea prin simpla includere a greutății neindicate a unităților de ventilație forțată cu refrigerare în propunerea tehnică inițială (465 kg), fără a proceda la alte modificări.

Suplimentar erorii constatate de către Metrorex, procedat și la modificarea altor valori indicate inițial, nefiind nicio eroare sau ambiguitate în privința acestora. Astfel, prin redepunerea Anexei nr. 12, contestatoarea a modificat valoarea greutăților mai multor subansamble/sub-componente. Concret, modificările contestatoarei exced informațiilor eronate constatate de către Metrorex, fiind operate cu unicul scop de a se încadra în cerințele impuse de caietul de sarcini ulterior modificării informațiilor necorelate;

Modificarea mai multor categorii de componente ale produsului ofertat ar fi condus la crearea unui avantaj evident al , în cazul în care ar fi fost acceptată de către Metrorex.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 8, contestatoarea susține faptul că numărul și greutatea unităților de ventilație forțată cu refrigerare ar fi fost luate în considerare în simulările și calculele declarate

în oferta tehnică inițială. Ulterior, procedează la modificarea greutateilor mai multor subansamble/sub-componente. Dacă numărul și greutatea unităților de ventilație forțată cu refrigerare ar fi fost incluse în propunerea tehnică în mod corespunzător, oferta sa ar fi respectat masa maximă impusă a trenului și sarcina pe osie fără a fi necesară modificarea altor componente; prin urmare, este evidentă lipsa de consecvență a informațiilor furnizate de către contestatoarea entității contractante.

Modificarea valorii greutateilor mai multor subansamble/sub-componente nu poate fi considerată abatere tehnică minoră dat fiind că:

- valorile modificate nu sunt omisiuni sau abateri pentru că nu prezintă nicio ambiguitate și nu au existat niciun fel de neconcordanțe în raport de acestea;

- modificarea greutății subansamblurilor/sub-componentelor conduce la depunerea unei noi oferte deoarece acestea schimbă întru totul produsul oferit. La momentul depunerii ofertei, contestatoarea a indicat o anumită greutate pentru subansamblurilor/sub-componentelor, iar ulterior, printr-un simplu calcul matematic, a procedat la modificarea acestora. Or, greutatea efectivă a unui subansamblu/sub-component nu poate fi modificată doar pentru a se încadra în cadrul masei totale a trenului și a sarcinii pe osie;

Valorile estimate solicitate prin caietul de sarcini trebuiau indicate la momentul depunerii ofertei, fără a avea posibilitatea de a fi modificate în mod arbitrar ulterior. Cerințele impuse prin documentația de atribuire trebuiau respectate la momentul depunerii ofertei, inclusiv sarcina maximă pe osie și masa totală a trenului. Nu există nicio posibilitate legală de modificare a componentelor produsului oferit ulterior depunerii ofertei. Contestatoarea consideră că ar putea fi operată ajustarea greutateilor estimate în interiorul marjei deoarece masa trenului și greutatea maximă pe osie nu ar fi modificate. Însă, în argumentația sa, omite tocmai faptul că scopul acestor modificări a vizat strict încadrarea în cerințele impuse în caietul de sarcini, iar nu o omisiune din propunerea tehnică ce poate fi încadrată ca fiind o abatere tehnică minoră. Cu alte cuvinte, valoarea greutății subansamblurilor/sub-componentelor nu poate fi modificată în etapa de evaluare, cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile, pentru a se respecta cerințele documentației de atribuire, ci la momentul depunerii ofertei, acestea trebuiau adaptate și incluse încât să fie respectate cerințele impuse de documentația de atribuire;

Criticile contestatoarei față de documentația de atribuire și față de solicitările de clarificare sunt tardiv formulate având în vedere că a avut posibilitatea reală de a le contesta în termenul impus de lege la momentul luării la cunoștință despre respectivele acte emise de Metrorex.

Intervenientul solicită Consiliul să nu ia în considerare criticile vizând solicitările de clarificare și documentația de atribuire necontestate în termenul prevăzute de lege.

Intervenientul precizează că Hotărârea CJUE pronunțată în cauza T-195/08 indicată de către nu este aplicabilă în speță.

3. Prin documentația de atribuire nu a fost stabilită nicio marjă de eroare a valorilor indicate. stabilește cota de 3% în mod discreționar, completând documentația de atribuire.

Contestatoarea consideră că orice ofertant ar fi avut posibilitatea de a stabili un sistem propriu de referință al marjei de eroare asumată pentru greutatea fiecărui tip de vagon și pentru trenul de 6 vagoane. alege, în mod discreționar, o marjă de eroare de 3%, deși actele indicate de către ca fiind temelul alegerii acestei cote nu sunt aplicabile în speță deoarece:

- Standardul European EN 15663:2017 nu a fost inclus de către Metrorex în lista standardelor relevante pentru a fi utilizate în timpul proiectului ; iar

- Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 indicat de către privește o specificație tehnică de interoperabilitate referitoare la subsistemul „material rulant - material rulant de călători și locomotive” al sistemului feroviar din Uniunea Europeană, nefiind aplicabil pentru trenurile de metrou, cum, de altfel, chiar și susține prin contestația formulată.

Totodată, contestatoarea susține că a indicat această cotă și în raport de practica în domeniu, însă fără a demonstra în concret această afirmație. Neprobată și nedemonstrată, susținerea contestatoarei este o simplă alegație ce nu poate argumenta posibilitatea acestui operator de a indica cota de 3%.

Deși neindicată o cotă de toleranță (marjă de eroare) în cadrul documentației de atribuire, contestatoarea consideră că ar fi trebuit ca Metrorex să procedeze la o solicitare de clarificare privind acest aspect.

Ceea ce încearcă să susțină prin indicarea acestei cote este faptul că calculul masei totale a trenului și, implicit, sarcina maximă pe osie, ar putea varia cu o greutate de 840kg/vagon. Or, atât timp cât autoritatea contractantă a impus în mod clar că masa totală a trenului să nu depășească valoarea de 1800 tone și a sarcinii pe osie de 14 tone, nu poate fi acceptată o fluctuație de aproape o tonă, care, în mod evident, poate depăși cerințele impuse prin documentația de atribuire.

Astfel, aplicarea unei cote de 3% a marjei de eroare este discreționară, neprevăzută de documentație de atribuire, nesolicitată de către Metrorex și, în consecință, nu poate fundamenta o pretinsă modificare a valorii greutății subansamblelor/sub-componentelor operată de către contestatoare.

C. Nu se impune anularea procedurii de atribuire. Principiile aplicabile materiei achizițiilor publice nu au fost încălcate la momentul evaluării ofertelor

Autoritatea contractantă a evaluat în mod conform și diligent toate ofertele depuse, niciunul dintre principiile invocate de către nu au fost încălcate. Se impune a fi respinsă critica privind anularea procedurii de atribuire având în vedere următoarele aspecte:

- a) Criteriile de evaluare a propunerii tehnice nu pot fi modificate și/sau contestate în această etapă a procedurii de atribuire deoarece

acestea au rămas definitive prin necontestare. Dacă contestatoarea ar fi considerat necesară anularea/modificarea acestora, avea posibilitatea reală de a le contesta la momentul publicării documentației de atribuire;

b) Ofertanții au înțeles cerințele impuse prin documentația de atribuire și, oricum, au fost excluși pe motive diferite strict urmare a nerespectării cerințelor impuse de documentație de atribuire;

c) prin caietul de sarcini au fost stabilite o serie de standarde UE necesar a fi respectate de către ofertanți;

d) Cerințele impuse prin documentația de atribuire au fost stabilite de către autoritatea contractantă tocmai pentru a se putea oferta un produs care satisface nevoile autorității. Or, modificarea propunerii tehnice pe parcursul procedurii de atribuire este sancționată urmare a aplicării dispozițiilor legale incidente fiind, astfel, protejate, tocmai, principiile necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice;

e) Oferta respectă cerințele impuse prin documentația de atribuire și, oricum, prin răspunsurile la solicitările de clarificare nu a fost modificată propunerea tehnică. Contestatoarea consideră că ar fi fost încălcat principiul tratamentului egal deoarece și propunerea tehnică a ar conține valori estimate. Însă, deși nereal, chiar analizând raționamentul prezentat de contestatoare, situația și a contestatoarei nu este similară deoarece intervenientul nu și-a modificat propunerea tehnică. Prin urmare, cei doi ofertanți nu s-au aflat niciodată într-o situație identică pentru a putea fi analizat principiul tratamentului egal;

f) Principiul proporționalității a fost întrutotul respectat de către Metrorex deoarece (i) a clarificat situația (ii) a permis modificarea neconcordanțelor / ambiguităților de la nivelul propunerii tehnice; și (iii) a dispus măsura respingerii ofertei doar ulterior modificării greutății altor componente decât cele față de care au existat ambiguități. Concret, măsura respingerii ofertei contestatoarei a intervenit urmare a analizei amănunțite a propunerii tehnice și a modificărilor operate urmare a răspunsurilor la clarificări, precum și urmare a constatării neconformității ofertei date de depășirea masei maxime pe osie și a trenului.

g) Principiul transparenței nu a fost încălcat. Toate cerințele impuse prin documentația de atribuire au fost în mod clar și explicit expuse. Oricum, restricționarea accesului contestatoarei la procesele verbale de evaluare nu conduce la încălcarea principiului transparenței deoarece a fost respectată confidențialitatea ofertelor depuse, răspunsurile la solicitările de clarificare și toate aspectele declarate confidențiale și avute în vedere de către Metrorex la momentul evaluării ofertelor.

În drept, intervenientul își întemeiază cererea pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și urm. din C. pr. civ., precum și pe toate dispozițiile legale la care a făcut referire în cuprinsul cererii.

În probațiune, intervenientul depune înscrisuri.

Prin adresa fără număr de înregistrare și nedatată, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25704/29.06.2020,

transmis concluzii scrise, solicitând Consiliului:

- respingerea apărărilor invocate de Metrorex prin punctul de vedere nr. M.09.01.01/1064/15.06.2020 formulat în prezenta cauză ca neîntemeiate;

- respingerea cererii de intervenție formulată de

ca neîntemeiată și admiterea contestației astfel cum a fost formulată (cu capetele principale sau capătul subsidiar).

I. Temeinicia capetelor de cerere 1, 2, 2.1 și 2.2.1 din contestația
 Contra-argumente față de punctul de vedere al Metrorex/
 Intervenția Alstom prin raportare la situația ofertei

I.1. O primă apărare formulată de autoritatea contractantă la pag. 3 din punctul de vedere se referă la interpretarea pretins eronată pe care a expus-o în cuprinsul contestației, prin care a argumentat că așa-zisa modificare a propunerii tehnice nu este, în realitate, o modificare în sensul art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, de natură să atragă respingerea ofertei tehnice ca fiind inacceptabilă.

Față de susținerile acesteia, menționează că, prin expunerea elementelor factuale de la pag. 4 și următoarele din contestație, a demonstrat că singurele cerințe de greutate prevăzute în documentația de atribuire/praguri maximale/de nedepășit se referă la obligația ofertanților de a prezenta în oferta tehnică următoarele:

- masa propusă a trenului de 6 vagoane în fiecare dintre stările de încărcare EL₀, EL₄, EL₆ și EL₈, cu încadrarea în greutatea maximă admisă a trenului de 6 vagoane fără călători (EL₀) de maximum 180 tone;

- masele estimate pentru fiecare vagon din compunerea trenului (EL₀), cu precizarea maselor estimate pentru fiecare sistem/subsistem al vagonului, precum și masele estimate pentru fiecare vagon în stările EL₄, EL₆ și EL₈;

- propunerea tehnică să respecte condiția ca sarcina maximă pe osie (EL₈) să fie de maximum 14 tone.

Toate aceste cerințe au fost respectate de atât atunci când a întocmit Anexa 12 inițială, cât și atunci când, a îndreptat eroarea cu privire la distribuția maselor estimate prin Anexa 12 ulterioară. Cu toate acestea, nu a modificat în niciun moment valorile pe care și le-a asumat inițial pentru greutatea finală a vagoanelor trenului în diferitele stări de încărcare și, prin urmare, nici limitele maxime impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire cu privire la sarcina maximă pe osie în stare EL₈ și greutatea maximă a trenului cu 6 vagoane în stare EL₀ nu au fost afectate, astfel încât, nu poate fi vorba despre o modificare a ofertei tehnice.

Contestatoarea menționează că dacă ar admite că ajustarea operată de asupra greutăților estimate furnizate inițial în oferta tehnică ar constitui o modificare a ofertei tehnice conform legii, aceasta nu este de natură să determine respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul

art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, întrucât corectarea făcută se circumscrie noțiunii de abatere tehnică minoră conform art. 140 alin. (6) lit. b), (7) și nu se încadrează în niciuna dintre ipotezele de la alin. 140 alin. (8) exceptate de la calificarea drept abatere tehnică minoră, motivat de faptul că:

- ajustarea operată de la greutatele estimative/orientative indicate la secțiunea 4 din Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică nu depășește prețul ofertat și nici nu modifică în vreun fel propunerea financiară, câtă vreme greutatea estimată inițial pentru trenul de 6 vagoane și sarcina maximă pe axă în stare EL8 nu au fost modificate;

- nu există vreo prevedere legală care să instituie obligații pentru Metrorex în funcție de anumite praguri valorice, fapt necontestat de Metrorex prin punctul de vedere; în urma corectării respectivel omisiuni prin ajustarea greutateților estimative indicate la secțiunea 4 din Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică, nu se poate constata că s-ar schimba clasamentul ofertanților, câtă vreme corectarea a vizat un aspect modificabil al ofertei tehnice, greutatețile finale asumate de către nefiind oricum schimbate;

- corectarea prin ajustarea greutateților unora dintre sisteme/sub-sisteme nu determină în niciun caz o diminuare calitativă în raport cu oferta inițială, toate specificațiile tehnice indicate în Anexa 12 inițială regăsindu-se în integralitate în Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică; corectarea nu vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire întocmită de Metrorex a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivel documentații. Contestatoarea menționează că singurele cerințe exacte impuse de Metrorex prin documentația de atribuire cu privire la greutatea masei trenului au fost (i) greutatea maximă a trenului de 6 vagoane în stare ELO să fie de 180 tone și (ii) sarcina maximă pe osie în stare EL8 să fie de maximum 14 tone, valori ce nu au fost modificate de către în niciun moment, prin urmare și această condiție privind calificarea ajustărilor greutateților estimate de către ca abatere tehnică minoră fiind îndeplinită.

I.2. Metrorex susține că petenta ar fi afirmat că cerințele/condițiile tehnice minimale s-ar limita doar la cele prevăzute în tabelul de la pag. 138 din caietul de sarcini, insinuând că în Secțiunea I - Fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 au fost impuse și alte cerințe tehnice minimale, toate acestea în scopul de a sugera Consiliului, chiar în afara conținutului raportului procedurii, că oferta sa nu ar respecta oricum cerințele minimale ale caietului de sarcini.

Contra-argumentele cu indicarea mijloacelor de probă relevante Contrar aspectelor învederate de Metrorex, contestatoarea menționează că nu a susținut nicăieri în cuprinsul contestației că „cerințele/condițiile tehnice minimale s-ar limita doar la cele prevăzute în tabelele de la pag. 138 din caietul de sarcini.” Dat fiind faptul că, prin prezentul demers, contestatoarea pune în discuție caracterul absolut sau relativ al caracteristicilor maselor trenului impuse, aceasta a prezentat la

punctul I din contestație, în extras, dispozițiile relevante din cuprinsul caietului de sarcini, pentru a demonstra astfel că:

- cerințele tehnice care stabilesc valori imperative absolute/de neschimbat ale maselor trenului sunt prevăzute în "Tabelul cerințelor tehnice minimale" și se referă la: „3. masa trenului de 6 vagoane max. 180 tone” și „4. sarcina pe osie (caz de încărcare EL 8) max. 14 tone” (pag. 138 și 143 din caietul de sarcini), iar

- pentru fiecare vagon din compunerea trenului, cerințele tehnice nu impun ofertarea maselor subcomponentelor/subsistemelor vagoanelor în valori absolute, ci în valori estimate / relative / modificabile, respectiv „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, EL6 și EL8” (pag. 23 din caietul de sarcini).

Contestatoarea susține că prevederile fișei de date stabilesc că toate cerințele din caietul de sarcini sunt cerințe minimale, în sensul că impun participanților respectarea tuturor cerințelor prevăzute, însă, pentru obiectul cauzei, sunt relevante dispozițiile caietului de sarcini care stabilesc în concret acele cerințe tehnice specifice pentru întocmirea ofertelor, mai cu seamă, dispozițiile din caietul de sarcini referitoare la greutatea impuse ale trenului.

Contestatoarea susține că în cuprinsul contestației se referă doar la tabelul cerințelor tehnice minimale (pag. 138 și 143 din caietul de sarcini), întrucât doar aceste aspecte sunt relevante pentru obiectul cauzei, iar nu pentru că doar acelea ar fi cerințele minimale prevăzute în documentația de atribuire.

În categoria altor cerințe minimale decât cele referitoare la mase /sarcini greutăți se includ, acelea pe care ofertantul (i) fie nu le-a inclus în oferta sa inițială și le-a adăugat prin răspunsurile sale la solicitările de clarificări, (ii) fie le-a modificat prin răspunsurile sale la multiplele solicitări de clarificări ce i-au fost adresate și încălcarea principiilor organizării achizițiilor publice, de către Metrorex.

În cazul contestatoarei, la evaluarea ofertei sale tehnice, Metrorex s-a raportat la cerințele minimale referitoare la masele trenului într-un mod eronat, interpretând cu rea-credință că în privința maselor/sarcinilor/greutăților subcomponentelor/sub-sistemelor trenului ar fi interzis în mod expres folosirea unor valori estimate.

Autoritatea contractantă omite faptul că afirmarea naturii de valoare fixă/de neschimbat/de nedepășit a cerințelor tehnice de la paginile 138 și 143 din caietul de sarcini, nu neagă nici caracterul de cerințe minimale al acestor valori și nici faptul că există și alte cerințe, la alte capitole tehnice din caietul de sarcini, care sunt și acestea, tot cerințe minimale, dar în înțelesul de obligatorii.

1.3. Metrorex exclude aplicabilitatea toleranței (marjei de eroare) de +/- 3%, la masele estimate ale sistemelor și sub-sistemelor trenurilor de metrou prin punctul de vedere al consultantului (francez) din cuprinsul Anexei 1 la punctul de vedere (pag. 4 -5)

În primul rând, cu privire la admisibilitatea/aplicabilitatea toleranței (marjei de eroare) de +/- 3% la greutatea maselor estimate ale trenurilor de metrou conform standardului european EN15663:2017+A1 - Aplicații feroviare și a Regulamentului nr. 1302/2014 al Comisiei Europene, consultantul autorității contractante susține la pag. 5-6 din Anexa 1 la punctul de vedere că nu există nicio bază în normativele menționate mai sus și indicate pentru justificarea aplicării marjei de eroare de +/- 3% pentru masa de referință sau pentru sarcina pe osie a trenului propus pentru că (i) referirea din cuprinsul contestației la Regulamentul nr. 1302/2014 al Comisiei Europene este în totalitate eronată, întrucât specificația tehnică de interoperabilitate definită prin regulament (STI) nu este aplicabilă trenurilor de metrou, și prin urmare nici toleranța (marja de eroare) de +/- 3% prevăzută de STI pe care a avut-o în vedere la elaborarea propunerii tehnice nu se aplică greutateilor trenurilor de metrou, (ii) în Standardul EN15663 nu există nicio referire la toleranța de +/- 3% invocată de pag. 6 paragr. 2 din Anexa 1 la Punctul de vedere) și (iii) o astfel de toleranță ar fi putut fi stabilită de Autoritatea contractantă prin documentația de atribuire sau de norme de aplicare incidente, conform 4.1. alin. 5 din Standardul European EN15663 (pag. 10 din Anexa 1 la Punctul de vedere).

(i) În ce privește incidența Standardului EN15663, despre care consultantul Metrorex susține, la pag. 6 paragraful 2 și pag. 10 pct. 2 din Anexa 1 la punctul de vedere, că nu conține nicio referire la toleranța de +/- invocată de aceasta consideră că observația consultantului autorității contractante este irelevantă pentru că, pe de o parte, nu a afirmat în niciun moment faptul că Standardul EN15663 ar prevedea o toleranță de 3% sau de orice altă valoare și, pe de altă parte, și-a întemeiat pretențiile pe prevederile Standardului EN15663 exclusiv pentru a dovedi aspectul determinant al admisibilității toleranțelor la masele estimate ale trenurilor de metrou propuse prin oferta tehnică, iar nu pentru a dovedi o anumită valoare a toleranței aplicate de așa cum în mod eronat sugerează consultantul autorității contractante.

Consultantul autorității mai susține că de vreme ce art. 4.1. alin. 5 din Standardul EN15663 prevede că *„Toleranțe asupra maselor de referință pot fi indicate în normele de aplicare sau în caietul de sarcini al vehiculului”*, iar (i) prin caietul de sarcini publicat, autoritatea contractantă nu a specificat nicio toleranță referitoare la masele de referință ale noilor vehicule de metrou destinate Magistralei 5 și (ii) nu există alte norme de aplicare pentru trenurile noi de metrou destinate Magistralei 5, nu există nicio bază care să justifice admiterea sau aplicarea unei toleranțe de 3% pentru masa de referință sau pentru sarcina pe osie a vehiculului.

Contestatoarea menționează că aplicabilitatea toleranțelor la masele vehiculelor este consacrată expres chiar în Standardul EN15663.

Astfel, având în vedere că pentru precizia dispozițiilor din caietul de sarcini și pentru o comparație simetrică și echitabilă între ofertanți, Metrorex ar fi trebuit să indice respectivele toleranțe (potrivit prevederilor art. 4.1 alin 5 din Standardul EN15663), omisiunea autorității contractante de a menționa aceste toleranțe nu poate în niciun caz să transforme aceste greutate estimate sau teoretice, în greutate exacte/fixe a căror modificare generează automat excluderea din procedură a celui care le modifică.

(ii) Cu privire la incidența dispozițiilor Regulamentului nr. 1302/2014 al Comisiei Europene privind materialul rulant pentru locomotive și subsisteme ale materialului rulant pentru călători în Uniunea Europeană pe care consultantul autorității contractante o exclude prin motivarea de la pag. 5 și pag. 10 pct. 1 din Anexa 1 la punctul de vedere, menționează că nu a susținut în niciun moment că specificația tehnică de interoperabilitate definită prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 ar fi aplicabilă trenurilor de metrou, așa cum în mod eronat susține Metrorex.

Din contră, contestatoarea a precizat la pag. 14 din contestație că „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)”, arătând și că motivele pentru care a înțeles să aplice totuși în estimările sale prevederile STI referitoare la toleranța de +/- 3% sunt următoarele:

- aplicarea unei toleranțe la masele estimate ale vehiculelor este inerentă, prin natura variabilă a estimării, fapt confirmat și de prevederile Standardului EN15663;

- nu există reglementări specifice în materia proiectării și construcției trenurilor de metrou care să prevadă o anumită valoare a toleranței la greutatele estimate ale trenurilor de metrou;

- autoritatea contractantă nu a indicat referințe clare în documentația de atribuire privind toleranțele pe care le admite/impune la estimarea greutăților, precum și

- înțelege să respecte o anumită rigoare în elaborarea propunerii tehnice prin aplicarea din necesitate o limită de toleranță, necesitate ce decurge tocmai din diferențele inerente între masele teoretice estimate inițial în faza de ofertare, masele teoretice ale componentelor proiectate, respectiv masele pieselor efectiv construite/fabricate.

(iii) Referitor la motivarea consultantului autorității contractante de la pag. 6 paragraf 2 și pag.10 pct. 2 din Anexa 1 la punctul de vedere, contestatoarea menționează că pentru a justifica inadmisibilitatea /inaplicabilitatea toleranței de +/- 3% avută în vedere la elaborarea propunerii tehnice cu privire la masele estimate ale sistemelor și subsistemelor trenurilor, consultantul autorității contractante pretinde că de vreme ce nici Metrorex nu a prevăzut în documentația de atribuire o astfel

de toleranță și nu există nici norme de aplicare care să prevadă o asemenea toleranță, nu se pot aplica toleranțe și, cu atât mai puțin, nu se poate aplica o toleranță de +/- 3%.

Contestatoarea apreciază că susținerile consultantului autorității contractante sunt contradictorii, având în vedere că tot în Anexa 1 la punctul de vedere - pag. 7 ultimul paragraf și în continuare, acesta admite în același timp aplicabilitatea marjei de eroare de 3%, susținând că „Se reține astfel din cele de mai sus faptul că se admite o depășirea a masei vehiculului cântărit de maxim 3% față de valoarea declarată a vehiculului [...]”.

Prin justificarea consultantului autorității contractante de a nu permite o toleranță a greutăților estimate pentru simplul motiv că această marjă nu a fost prevăzută de Metrorex în documentația de atribuire, acesta relevă faptul că autoritatea contractantă își invocă propria culpă pentru îndeplinirea defectuoasă a sarcinii care îi incumbă sub aspectul pregătirii procedurii de atribuire și elaborării documentației aferente.

Or, de vreme ce estimările solicitate de autoritatea contractantă implică, prin natura lor, un grad de variabilitate, iar Metrorex nu a prevăzut în documentația tehnică niciun criteriu privind toleranța de care ofertanții trebuie să țină seama în privința greutăților estimate pe care le furnizează în ofertele lor, este evident că fiecare ofertant a dispus implicit 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.

Mai mult, având în vedere că petenta a furnizat în oferta tehnică valori estimative ale maselor trenurilor, cu luarea în considerare a marjei de eroare de +/- 3%, dacă autoritatea contractantă ar fi considerat că fie nu este admisibilă/aplicabilă nicio marjă de eroare la valorile estimate ale greutăților propuse, fie deși este admisibilă/ aplicabilă o marjă de eroare, valoarea de 3% nu se admite, aceasta ar fi putut să solicite lămuriri.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea consideră că susținerea consultantului Metrorex în sensul inadmisibilității toleranței (marjei de eroare) de +/- 3% la masele estimate ale trenurilor propuse de este excesivă și nerezonabilă, cu atât mai mult cu cât însăși autoritatea contractantă avea responsabilitatea de a îndrepta eventuale neclarități ale cerințelor tehnice, dacă ar fi considerat că acestea există într-adevăr.

Prin urmare, este evident că situația incorectă de respingere a ofertei tehnice se datorează culpei autorității contractante, a lipsei sale de diligență în a întocmi o documentație completă și precisă, care să nu lase loc interpretărilor.

În al doilea rând, interpretarea consultantului autorității contractante expusă la pag. 7 din Anexa 1 la punctul de vedere este restrictivă și eronată atât raportat la însuși conținutul normativ al STI coroborat cu prevederile Standardului EN15663, cât și raportat la criticile aduse de contestatoare în concret prin contestația formulată.

Astfel, STI 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.

Or, de vreme ce toleranța de +/- 3% este admisibilă pentru diferența dintre masa declarată inițial a vehiculului și masa finală construită a vehiculului, este evident că toleranța este aplicabilă pe tot parcursul derulării.

Întreaga argumentație prezentată la pag. 5 și pag. 6 paragraf 1 din punctul de vedere nu este relevantă pentru soluționarea prezentei cauze, dat fiind că ajustările operate cu privire la masele estimate ale componentelor și sub-componentelor vagonului nu afectează sarcina maximă pe osie asumată de la bun început, valoare care a rămas aceeași și care, prin urmare, se situează în continuare sub sarcina maximă pe osle impusă prin caietul de sarcini, de maximum 14 tone.

Contestatoarea menționează faptul că respectivele greutate estimate ale subsistemelor trenului nu sunt fixe, ci teoretice și vor varia încă din faza de proiectare a trenului până la finalizarea construcției trenului, modificarea acestora fiind inerentă.

I.4. Autoritatea contractantă susține la pag. 6 paragraf 2 din punctul de vedere că petenta „*înțelege să prezinte explicații abla acum prin contestație*” și că răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificare din data 05.12.2019 (i.e. solicitarea de clarificare nr. 1) dovedește „*lipsa de interes pentru lămurirea aspectelor neclare și pentru corectarea erorilor/omisiunilor din cadrul ofertei [...] contestația invocând, de fapt, propria culpă*”.

Autoritatea contractantă justifică modalitatea în care a înțeles să își exercite dreptul de a solicita contestatoarei clarificări cu privire la estimarea pe care a făcut-o unor sub-sisteme ale trenului, invocând în apărare prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea observă că pretinsa precauție cu care autoritatea contractantă a gestionat procesul de evaluare în ceea ce privește oferta sa nu este justificată în niciun mod de autoritatea contractantă.

I.5. Netemeinicia criticilor formulate de Alstom prin cererea de intervenție raportat la pretinsa neconformitate a ofertei tehnice a

- Alstom susține că unul dintre motivele pentru care soluția de respingere a ofertei contestatoarei este corectă este acela că aceasta ar fi stabilit în mod discreționar marja de +/- 3% pentru masele estimate ale altor sub-componente decât a unităților de ventilație forțată cu refrigerare.

Argumentația este greșită, cel puțin pentru următoarele motive:

- dacă ar fi depus o minimă diligență pentru studierea documentației, ar fi constatat că atât în Anexa 12 inițială, cât și în Anexa 12 ulterioară la oferta tehnică, a prevăzut marja de eroare/toleranța de +/- 3% pentru toate specificațiile din secțiunea 4 pag. 4 din Anexa 12, deci inclusiv pentru unitățile de ventilație cu refrigerare forțată precizate expres la poziția 66 din tabel și în care figurează de asemenea mențiunea $m \pm 3\%$ - aferentă maijiei de eroare de 3%;

- libertatea de a stabili un sistem propriu de referință al toleranțelor este consecința exclusiv a lipsei de diligență a autorității contractante care nu a impus un sistem unitar de referință al toleranțelor, deși era necesar, din rațiuni evidente ce țin de asigurarea transparenței și a unui tratament egal.

- Afirmatia făcută de [redacted] la pag. 11/16 pct. B din cererea de intervenție, o determină pe contestatoarea să concluzioneze că și oferta [redacted] ar trebui respinsă, atâta timp cât (i) [redacted] a făcut nenumărate modificări ale propunerii tehnice depuse inițial, (ii) modificările făcute de [redacted] vizează însăși parametrii care constituie factori de evaluare în criteriul de atribuire, spre deosebire de modificarea făcută de [redacted] care a vizat specificații care nu au nicio relevanță la calculul punctajului ofertelor tehnice, așa cum am demonstrat la secțiunile II.1.-II.5. din prezentele concluzii scrise.

- De asemenea, nici argumentația de la pct. B.1 din cererea de intervenție, în sensul că ofertanții nu au posibilitatea să modifice propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări, nu onorează ofertantul având în vedere că petenta a demonstrat prin prezenta multiplele modificări pe care acesta le-a făcut la propunerea sa tehnică tot prin răspunsurile la solicitările de clarificare.

- Față de justificarea de la pag. 12/16 lit. (d) din cererea de intervenție contestatoarea menționează că argumentația intervenientei nu susține teza pe care o avansează. Astfel, [redacted] pretinde că „*modificarea mai multor categorii de componente ale produsului oferat ar fi condus la crearea unui avantaj evident al [redacted] în cazul în care ar fi fost acceptată de Metrorex*” respectiv „*ar fi condus la încălcarea principiilor legalității și tratamentului egal față de ofertanți care au depus oferta cu respectarea cerințelor impuse.*”

II. Temeinicia capetelor de cerere 1, 2, 2.1 și 2.2.2 din contestația

Contra-argumente față de punctul de vedere al Metrorex/Intervenția [redacted] prin raportare la situația ofertei

II.1. O primă dovadă a faptului că ofertantul [redacted] a modificat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, anumiți parametri tehnici din oferta tehnică inițială este reprezentată de consemnările următoare din raportul de asistență tehnică din 16 martie 2020:

„Față de unii parametri tehnici și valori exprimate în oferta inițială, prin clarificările ulterioare (din seturile de întrebări nr. 1 - 3 adresate acestui ofertant) următoarele valori vor fi luate în considerare în cadrul Procesului - Verbal de Evaluare:

1. *Lungimea trenului = _ mm (cf. răspuns 1 set clarificări nr. 1);*
2. *Garanția cadrului de boghiu = _ luni (cf. răspuns 24 set clarificări nr. 1);*
3. *Termenul de livrare al primului tren = _ luni de la semnarea contractului (cf. răspuns 25 set clarificări nr. 1);*
4. *Consumul energetic propriu al sistemului de ventilație cu răcire [...] = _ kWh (cf. răspuns 1 set clarificări nr. 3);*

5. *Calculul consumului energetic al echipamentelor auxiliare este prezentat în răspunsul nr. 4 din setul de clarificări nr. 2 [...].*"

Aceasta, coroborat cu constatarea consultantului autorității contractante de la fila 432 primul paragraf din vol. 18/18 al dosarului constituit la Consiliu, potrivit căruia: „Toate celelalte valori ale parametrilor indicați pentru trenul oferit de către se regăsesc în documentele ofertei [...].”

II.2. Faptul că a modificat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, oferta tehnică inițială în acei parametri esențiali care reprezintă factori de evaluare, iar autoritatea contractantă și consultantul acesteia, în mod vădit părtinitor, nu au considerat aceste modificări ca fiind de natură să descalifice oferta așa cum s-a întâmplat în cazul rezultă și din următoarele:

II.2.1. Modificarea termenului stabilit inițial pentru livrarea primului tren, prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 25 set 1 de clarificări, a fost calificată de autoritatea contractantă ca fiind un viciu de formă

Din solicitarea de clarificare nr. 25 de la fila 8 vol. 18 din dosarul constituit la Consiliu, rezultă că termenul de livrare a primului tren stabilit de este de 23 luni de la semnarea contractului, față de 29 luni cât este termenul stabilit pentru livrarea simulatorului de conducere, ceea ce înseamnă că livrarea primului tren ar fi trebuit să se facă, în viziunea înaintea livrării simulatorului de conducere cu șase luni.

În cursul evaluării ofertelor tehnice, constatând neconformitatea ofertei autoritatea contractantă a solicitat acesteia clarificări cu privire la termenul de livrare a primului tren, sens în care, a modificat prin răspunsul de clarificare termenul stabilit inițial pentru livrarea primului tren, prin prelungirea acestuia de la 23 de luni cât stabilise inițial, la 29 de luni, astfel încât să respecte cerințele documentației de atribuire a căror nerespectare conduc la descalificarea

Consultantul autorității contractante pretinde la fila 417 vol. 18 din dosarul constituit la Consiliu că modificarea făcută de prin răspunsul de clarificare nu este decât o corectare a unui viciu de formă: *„termenul de livrare a primului tren, care era dat în ofertă ca fiind de – de luni de la semnarea contractului, acesta este corectat la – de luni de la semnarea contractului. Acesta este rezultatul corectării viciului de formă din ofertă”.*

Soluția consultantului autorității contractante pentru a califica această modificare a ofertei ca fiind o îndreptare a unui viciu de formă a fost să asimileze termenul de livrare a simulatorului de conducere cu termenul de livrare al primului tren. Aceste două termene nu se referă însă la același lucru, fiind declarate și asumate în mod independent în cadrul ofertei de către ofertant. Singura legătură dintre acestea este condiția stabilită la art. 13.13 din Modelul de contract în sensul că primul tren nu poate fi livrat înaintea recepției echipamentelor și dispozitivelor

speciale (inclusiv a simulatorului), condiție încălcată prin oferta inițială.

Cu privire la aprecierea consultantului autorității contractante de la fila 432 vol. 18 al dosarului constituit la Consiliu, potrivit căreia "evoluția" parametrului termen de livrare a primul tren nu ar fi de natură să aducă vreun avantaj ofertantului, contestatoarea învederează că această încercare de justificare a calificării modificării ca viciu de formă este total nerealistă și merită să inducă în eroare cu privire la consecințele reale ale modificării termenului de livrare de către ofertantul declarat câștigător.

Nu în cele din urmă, afirmația consultantului autorității contractante de la fila 432 volumul 18 din dosarul constituit la Consiliu este total nerealistă. Avantajul procurat ofertantului prin calificarea modificării termenului de livrare a primului tren este evident și de netăgăduit, având în vedere că urmare a calificării modificării ca un viciu de formă (în mod încorect) nu este descalificat.

II.2.2. Modificarea de către prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 1 din setul 3, privind consumul energetic propriu al sistemului de ventilație cu răcire ofertat inițial, demonstrează inconsecvența autorității contractante cu privire la acceptarea aplicării, oricând între faza de ofertare și faza finală de fabricație, a unei toleranțe asupra estimărilor unor specificații furnizate inițial în cuprinsul ofertei tehnice

Consultantul autorității contractante a reținut că «Ofertantul (- n.n.) a explicat în răspunsul primit că de fapt nu este propriu-zis o diferență. În ofertă fiind precizat kWh", ceea ce înseamnă "aproximativ kWh", iar acum s-a revenit cu valoarea exactă care va fi luată în considerare.» (fila 428 secțiunea 4.3.1. vol. 18 din dosarul constituit la Consiliu).

Consultantul autorității contractante a acceptat modificarea estimărilor furnizate inițial în oferta tehnică a deși, în raport cu a aplicat un tratament diferit într-o situație cel puțin similară, considerând că ajustarea estimărilor furnizate inițial în Anexa 12 la oferta tehnică a nu ar fi admisibilă, deși tot o ajustare a unei estimări se poate lesne reține că este și cea operată în oferta

II.2.3. În concluziile privind oferta tehnică a consultantul autorității contractante a evidențiat așadar că în cazul a doi parametri importanți pentru procesul de evaluare a ofertelor s-a înregistrat o evoluție față de valoarea ofertată.

Astfel, atât în cazul termenului de livrare a primului tren = luni de la semnarea contractului, cât și în cazul consumul energetic propriu al sistemului de ventilație cu răcire pentru parcurs dus-întors pe secțiunea 1 a Magistralei 2 pentru cazul de încărcare maximă (EL6) și un aport de aer proaspăt de m³/oră în cazul unei temperaturi exterioare de 30°C = kWh, evoluția acestora nu este de natură să aducă vreun avantaj ofertantului întrucât valorile sunt mai mari decât cele ofertate și ar implica astfel obținerea unui punctaj tehnic mai mic (dezavantajos), iar pe de altă parte acestea nu reprezintă efectiv o modificare a ofertei inițiale, ci

aplicarea integrală a condițiilor specificate în documentația de achiziție în primul caz, respectiv o clarificare cu exactitate a valorii ofertate în al doilea caz."

Dată fiind importanța celor doi parametri cu privire la care ofertantul a făcut modificări sub aspectul valorilor inițial ofertate, prin răspunsul la solicitările de clarificări, contestatoarea consideră că (i) fie pe același raționament pentru care a respins oferta sa ca fiind inacceptabilă, autoritatea contractantă ar fi trebuit să respingă și oferta (ii) fie, dacă oferta este admisibilă, deși modificările privesc parametri mult mai importanți în evaluarea ofertei tehnice decât acele specificații ajustate de atunci cu atât mai mult oferta este admisibilă.

II.2.4. Un alt caz elocvent în susținerea argumentului că Metrorex aplică un dublu standard în analiza ofertelor tehnice, după cum este vorba despre oferta sau a contestatoarei, este lipsa din oferta tehnică inițială a ofertantului a unor parametri necesari conform caietului de sarcini pentru calculul performanțelor pentru tracțiune, aspect relevat în solicitarea de clarificare nr. 23 - fila 8 vol. 18/18 din dosarul constituit la Consiliu.

După cum rezultă din solicitarea de clarificare nr. 23, nu a furnizat în oferta sa tehnică toți parametrii solicitați de Metrorex pentru calculul performanțelor de tracțiune, sens în care autoritatea contractantă i-a solicitat expres următoarele: *„Vă rugăm să completați datele furnizate în cadrul Formularului T_004 de Propunere Tehnică pct. 4.1 - 4.9 (pag. 17- 18/544) și al documentului T_06i_Calculul Performanțe Tracțiune - cap. 5 cu caracteristicile rezultate pentru parcursul complet al Magistralei 5 în cazul utilizării accelerației maxime disponibile a trenului, mers cu menținerea vitezei maxime și apoi frânare utilizând decelerația maximă disponibilă a trenului”*.

Faptul că prin solicitarea de clarificare nr. 4, autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare, în sensul de a lămuri calculul consumului energetic al echipamentelor auxiliar, dovedește că nici măcar lipsa de promptitudine și de interes în conformarea ofertei sale la cerințele caietului de sarcini nu a fost sancționată.

II.2.5. Furnizarea de către prin intermediul clarificărilor a calculelor privind consumul energetic al instalației de ventilație cu refrigerare. Potrivit solicitării de clarificare nr. 18, Alstom a calculat consumul energetic al sistemului de ventilație pentru un debit de aer de 8 m³/h per pasager în loc de m³/h per pasager, așa cum era cerut prin caietul de sarcini.

Având în vedere că respectivele consumuri energetice ale trenului sunt interconectate, o modificare (furnizare) a valorii consumului energetic al instalației de ventilație cu refrigerare are efecte în lanț asupra consumului energetic total al trenului, care este factor de evaluare, ceea ce ar fi presupus o modificare a tuturor parametrilor energetici din cadrul ofertei.

II.2.6. nu a furnizat lista de scule speciale în oferta inițială, (solicitarea de clarificare nr. 20 pag. 2280 vol. 18 din dosarul constituit la Consiliu).

Această omisiune ar fi trebuit să conducă la descalificare ofertei ca neconformă deoarece furnizarea sculelor speciale este cerută expres prin caietul de sarcini la secțiunea 3.5.1., în care se menționează că: „O propunere pentru furnizarea acestor scule speciale, obligatoriu, va face parte din oferta. Metrorex SA, trebuie să avizeze lista sculele speciale necesare în faza de definire a documentației tehnice”.

II.2.7. Un alt exemplu de modificare substanțială a ofertei tehnice prin răspunsul la solicitările de clarificări, rezultă din solicitarea de clarificări nr. 19 de la fila 6 vol. 18 din dosarul constituit la Consiliu, reiterată cel puțin în parte prin solicitarea de clarificări nr. 2 de la fila 26 din vol. 18, ca urmare a neconformării nici chiar în acest moment tardiv la cerințele tehnice impuse, prin care Metrorex a cerut ofertantului să precizeze mai multe valori ale unor specificații tehnice privind sistemul de ventilație forțată cu refrigerare care lipseau din oferta tehnică depusă, astfel:

„Unele dintre datele solicitate sunt prezentate în documentul T_o62, dar în contextul celor solicitate prin Caietul de sarcini, vă rugăm să clarificați:

- Care este puterea nominală a unei instalații (pentru un vagon) în regim de ventilație?
- Care este masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare?
- Care sunt valorile de calcul ale umidității relative în interiorul trenului pentru cazurile de încărcare nominală și respectiv maximă?
- Care sunt valorile de calcul ale temperaturii și umidității la mijlocul vagonului și respectiv la extremitatea acestuia în cazul în care unitatea de ventilație a vagonului respectiv este defectă. Care sunt valorile de calcul ale temperaturii și umidității la mijlocul vagonului și respectiv la extremitatea acestuia în cazul în care unitatea de ventilație a vagonului respectiv este defectă. Aceste calcule se vor efectua atât pentru cazul unui vagon de capăt (tip remorcă) cât și pentru un vagon de mijloc (tip motor)?”

Prin urmare, faptul că nu a respectat cerințele caietului de sarcini la întocmirea ofertei sale tehnice ar fi generat, în mod normal, respingerea ofertei sale tehnice ca fiind neconformă, în temeiul art. 143 alin. (3) din HG nr. 394/2016 care prevede că în condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

II.3. Atitudinea părtinitoare a autorității contractante care a aplicat un dubiu standard la evaluarea ofertelor tehnice ale contestatoarei și ale ofertantului declarat câștigător rezultă și din susținerea consultantului autorității contractante care afirmă că *«asemenea diminuări ale maselor unor elemente constructive ale vehiculelor nu se pot realiza "peste noapte", acestea implicând studii de proiectare adecvate și laborioase. Ne punem întrebarea de ce valorile respective cu masele diminuate ale*

echipamentelor nu au fost declarate și comunicate încă din oferta inițială, ci doar în răspunsul de clarificare solicitat, dacă aceste valori declarate în cadrul răspunsului de clarificare au fost realmente studiate și certificate de proiectare?».

II.4. Netemeinicia criticilor formulate în apărare prin cererea de intervenție raportat la oferta sa tehnică.

▪ Deși intervenienta susține la pag. 12/16 din cererea de intervenție că petenta a furnizat informații inconsecvente prin răspunsurile la solicitările adresate de Metrorex cu privire la situația unităților de ventilație cu refrigerare forțată, contestatoarea menționează ca aceasta încearcă, de fapt să inducă în eroare Consiliul cu privire la o situație de fapt care în realitate este ușor de dovedit și care probează contrariul.

Propunerea tehnică : a avut în vedere ambele unități de ventilație cu refrigerare forțată în simulările și calculele declarate, revelatoare sub acest aspect fiind alte documente din cuprinsul ofertei tehnice depuse inițial.

Numai din eroare nu a fost precizată de la bun început valoarea masel estimate a celor două unități.

De asemenea, faptul că oferta a respectat întocmai cerințele tehnice minimale impuse, rezultă chiar din compararea ambelor anexe 12 la oferta tehnică. Astfel, valorile furnizate inițial pentru acești doi parametri nu au fost schimbate prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

Pe tot parcursul procedurii, a luat în considerare limitele de greutate impuse, pe care și le-a asumat și pe care le-a menținut. Faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 1, a furnizat prin Anexa 12 ulterioară o situație a greutateților estimate ale subcomponentelor trenului, nu dovedește în niciun caz inconsecvența în informațiile furnizate, această ajustare nefiind de natura să schimbe valorile asumate cu privire la masa trenului.

• Argumentația intervenientului de la pag. 13/16 lit. (g) din cererea de intervenție nu poate fi luată în considerare atâta timp cât intervenientul se face vinovat de nerespectarea dispozițiilor pe care își întemeiază teza.

• Nici argumentația de la pag. 13/16 lit. (h) din cererea de intervenție nu poate fi admisă, întrucât este incorectă, dat fiind faptul că existența unor neclarități cu privire la conținutul documentației de atribuire a fost generată de Metrorex prin interpretarea restrictivă în care a considerat că marja de eroare de +/- 3% nu este admisibilă, deși pentru motivele arătate la I.3. din concluzii scrise formulate o asemenea interpretare este greșită și extrem de păguboasă.

III. Temeinicia capătului de cerere 3 din contestația Contra-argumente față de punctul de vedere al Metrorex / prin raportare la încălcarea principiilor.

111.1 Încălcarea principiului recunoașterii reciproce

Autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere, admite că folosirea marjei de - / + 3% în Spania este efectivă în sectorul de activitate în care și activează.

Tertipurul folosit este acela de a lăsa așa zisa inaplicabilitate a marjei din standardele europene / practica din statul membru al Uniunii Europene pe seama cvasi-argumentelor consultantului tehnic. Însă, autoritatea contractantă nu neagă incidența marjei de apreciere și practica de a opera cu estimări în sectorul relevant de activitate economică.

Dacă persistau neclarități în înțelegerea modului în care contestatoarea va respecta valorile prag impuse în capitolul tehnic referitor la mase/greutăți și dacă voia să respecte principiul recunoașterii reciproce, autoritatea contractantă trebuia să formuleze altfel solicitările de clarificare, până obținea toate explicațiile asupra modului în care masele valori prag maximal / de neschimbat vor fi respectate între momentul proiectării și cel al construcției propriu-zise.

Altfel spus, Metrorex a respectat principiul recunoașterii reciproce doar față de în cazul căruia a știut să opereze cu estimări, și să vadă evoluții în urma răspunsurilor de clarificare, nu și față de

III.2 și III. 3 Încălcarea principiilor nediscriminării și al tratamentului egal

Discriminarea față de ofertant este evidentă câtă vreme Metrorex a căutat să provoace o greșeală în cazul clarificărilor contestatoarei.

Dacă ar fi aplicat și ofertantului Alstom același tratament, oferta sa trebuia să fie și ea descalificată, nefiind în prezența unei abateri tehnice minore. Tratamentul este discriminatoriu, câtă vreme Metrorex a pus întrebările pentru a completa ceea ce lipsea din forma inițială a ofertei Alstom, și mai ales pentru că le-a considerat "evoluții, când expresia corectă ar fi fost "modificarea ofertei neconforme".

Argumentul potrivit căruia acceptarea completărilor/modificărilor ofertei inițiale nu i-ar aduce un avantaj ofertantului este greșit pentru că acest ofertant, trebuia descalificat și nu depunctat după acceptarea ofertei sale ca fiind conformă. Clasamentul este viciat tocmai pentru că oferta trebuia descalificată, și deci, câștigătorul nu putea fi

III.4 Încălcarea principiului proporționalității

Măsura descalificării ofertei contestatoarei este disproporționată față de gradul de exigență pe care trebuia să îl aibă autoritatea contractantă prin prisma complexității foarte mari și a numărului foarte mare de parametri aspecte tehnice. dar și prin raportare la indulgența arătată față de oferta tehnică a din care lipseau valori ce trebuia să fie incluse în oferta inițială, unele valori au fost modificate, iar aceste lipsuri/modificări erau mult mai numeroase decât singurul aspect tehnic pus în analiză de Metrorex față de oferta petentei.

III.5 Încălcarea principiului transparenței

Față de conținutul susținerilor sale de la pagina 7 și 8 din punctul de vedere, este evident că Metrorex ratează analiza încălcării principiului transparenței, aducând un argument străin de conținutul contestației noastre, și oricum paralel cu unghiul nostru de critică din contestație.

Metrorex nu răspunde în realitate criticii contestatoarei, de vreme ce nici măcar nu încearcă să contra-argumenteze de ce 4 din 5 ofertanți au întâmpinat dificultăți în a-și structura propunerile tehnice. Metrorex nu dă un răspuns nici la critica noastră potrivit căreia a eludat în mod intenționat unele dintre standardele folosite în sectorul nostru de activitate economică și ce măsuri apreciază că a luat pentru a elimina posibilitatea manifestării unui favoritism.

Principiile sunt încălcate iar consecința este aceea a admiterii capătului subsidiar al contestației, în sensul anulării întregii proceduri de achiziție publică.

III.6 Intervenția nu aduce elemente de plus valoare în analiza privind încălcarea principiilor

Intervenția formulată de ofertantul nu aduce elemente de plus valoare pentru a combate susținerile contestatoarei privind încălcarea principiilor.

Pentru toate argumentele expuse anterior, contestatoarea solicită solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată, cu obligarea părții pârâte Metrorex la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Prin adresa fără număr de înregistrare din data de 01.07.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26287/02.07.2020, transmis concluzii scrise urmare a studiului dosarului achiziției publice, precum și în replică față de concluziile scrise depuse de solicitând Consiliului admiterea cererilor de intervenție, astfel cum au fost formulată și respingerea contestațiile promovate de către ca neîntemeiate.

Intervenientul menționează următoarele:

A. Metrorex a dispus în mod corect măsura respingerii ofertei
Contestatoarea a modificat valorile inițial indicate în cadrul propunerii tehnice prin răspunsul la solicitarea de clarificare

A.1 Premisa disputel

Intervenientul precizează că sancțiunea respingerii ofertei a fost dispusă în mod corect de către Metrorex în aplicarea dispozițiilor art. 140 alin. (5) și 143 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 394/2016. Consiliul urmează a constata următoarele aspecte:

a modificat, prin răspunsul la solicitările de clarificare, valorile indicate inițial în propunerea tehnică. Suplimentar erorii constatate de către autoritatea contractantă, modificat și alte valori astfel încât să se încadreze în masa maximă pe osie prevăzută de caietul de sarcini, demers nepermis care, în mod corect, a fost sancționat de către Metrorex cu respingerea ofertei;

- Modificarea greutateii a 11 subansambluri și subcomponente nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră prin raportare la art. 140 alin. (7) din H.G. nr. 394/20162;

- își fundamentează criticile pe incidența unei marje de eroare de 3% stabilită în mod arbitrar; aceasta nu se regăsește nici în

documentația de atribuire și nu e nici susținută de o prevedere legală aplicabilă. Prin luarea în considerare a acestei cote, adaugă în mod nepermis la documentația de atribuire.

A.2 Valorile inițial indicate în cadrul propunerii tehnice au fost modificate prin răspunsul la solicitarea de clarificare

În primul rând, reiterează în repetate rânduri că, prin documentația de atribuire, ar fi fost stabilite doar anumite valori fixe, însă omite faptul că celelalte componente (subcomponente și subsisteme) au o greutate nevariabilă, normală, ce nu poate fi modificată printr-un simplu calcul matematic pentru a se încadra în sarcina maximă pe osie.

Totodată, ceea ce interpretează în mod tendențios este faptul că sarcina maximă pe osie ar fi o valoare fixă, iar nu maximală.

Oricum, singura valoare fixă menționată în cadrul caietului de sarcini este ofertarea unei unități inseparabile compusă din 6 vagoane. Atât sarcina pe osie, cât și masa trenului au fost impuse sub valori maxime, respectiv (i) maxim 14 tone sarcina pe osie ; și (ii) maxim 180 tone pentru masa trenului. Prin urmare, valorile pe care le consideră a fi fixe au fost impuse prin documentația de atribuire ca valori maxime, critica contestatoarei fiind, prin urmare, contrazisă chiar de cerințele Caietului de sarcini.

Mai mult, prin concluziile scrise, susține o pretinsă netemeinică a criticilor invocate de către prin cererea de intervenție considerând, în mod nejustificat, că oferta depusă de către intervenient nu ar respecta cerințele impuse de documentația de atribuire. Concret, nu contraargumentează susținerile din cererea de intervenție, ci critică oferta, deși aceste argumente nu se regăsesc prin contestația formulată fiind, prin urmare, formulate în mod tardiv/inadmisibil în această etapă de soluționare a contestației.

În al doilea rând, argumentele invocate de către în susținerea pretensei nemodificării a propunerii sale tehnice sunt contradictorii.

În realitate, recunoaște că a fost modificată propunerea tehnică urmare a constatării omisiunii de includere a greutății unităților de ventilație forțată cu refrigerare pe fiecare vagon , însă consideră că masele estimative pot fi modificate prin răspunsurile la solicitările de clarificări. Totuși, valorile maselor subcomponentelor și subsistemelor au fost declarate în cadrul propunerii tehnice inițiale, fiind, prin urmare, parte din ofertă, și au fost modificate prin răspunsul la clarificări tocmai pentru a se încadra în sarcina maximă pe osie.

Metrorex a respins în mod corect oferta urmare a constatării modificării propunerii tehnice dat fiind că:

- a) Ofertantul a modificat greutatea a 11 subansambluri și componente declarate în propunerea tehnică inițială. Pentru încadrarea atât în masa trenului declarată în oferta depusă, cât și în sarcina maximă pe osie, a modificat greutatea (masa) următoarelor subansambluri și componente: (i) structura caroseriei; (ii) echipamentul ușilor exterioare pentru pasageri și cabină; (iii) culoarul de intercomunicație; (iv) izolații; (v) acoperire podea; (vi) acoperire sală; (vii) sistemul de ventilație și aer

condiționat; (viii) elemente de montaj sub șasiu; (ix) cablaje; (x) cutii și dulapuri; (xi) cabluri electrice. Astfel, pentru încadrarea în cerințele impuse prin documentația de atribuire, a procedat la modificarea greutății inițiale a 11 subansambluri și componente;

- b) schimbarea maselor declarate pentru 11 subansambluri și componente este o modificare a propunerii tehnice inițiale. Cu alte cuvinte, orice intervenție a unui ofertant asupra ofertei depuse fără a exista o neconcordanță la nivelul ofertei este, în realitate, o modificare a propunerii tehnice. Concret, după depunerea ofertei nu avea posibilitatea legală de a interveni și modifica ceea ce a declarat prin propunerea tehnică depusă. Metrorex, în mod diligent și corect, a constatat modificarea intervenită la nivelul propunerii tehnice, sancțiunea dispusă fiind în conformitate cu dispozițiile legale incidente, respectiv art. 140 alin. (5) din H.G. nr. 394/2016. Constatarea autorității contractante este dublată și de concluziile transpuse de către Consultantul acesteia care, atât prin punctul de vedere referitor la contestația cât și prin raportul din 16 martie 2020, consideră că s-a procedat la modificarea ofertei;

- c) oricum, singurul scop pentru care aceste valori au fost modificate a fost acela de a se încadra în valoarea maximă pe osie și a masei totale a trenului;

- d) prin documentația de atribuire s-a impus o valoare maximă admisibilă pe osie de 14 tone. Prin urmare, avea obligația de a-și elabora oferta astfel încât, prin includerea tuturor echipamentelor impuse prin documentația de atribuire, această valoare maximă admisibilă să nu fie depășită. Cu alte cuvinte, nu s-a impus ca masa pe osie să fie 14 tone, ci cel mult această valoare, ofertanții având posibilitatea de a organiza echipamentele în cadrul trenului astfel încât plaja oferită de masa maximă admisibilă pe osie să fie respectată. nu a procedat în acest sens, ci a omis să includă un echipament și, pentru a îndrepta această eroare, a modificat în concret propunerea tehnică deja depusă prin ajustarea maselor subansamblurilor și componentelor anterior indicate;

- e) singura modificare pe care era îndreptățit să o opereze era includerea greutății neindicate a unităților de ventilație forțată cu refrigerare în propunerea tehnică inițială (465kg). Ulterior sesizării erorii din propunerea tehnică, trebuia doar să introducă în calcul masei trenului și a sarcinii pe osie greutatea de 465 kg dat fiind că, prin Anexa nr. 12, a fost indicată o singură unitate de ventilație forțată cu refrigerare având o greutate de 575kg, iar în Anexa nr. 13 au fost indicate 2 unități cu o greutate de 520kg (în total de 1040kg). Astfel, adăugarea greutății declarate inițial la valoarea totală a trenului declarată în propunerea tehnică era singura modificare pe care era îndreptățită să o opereze, conducând, astfel, la valoarea sarcinii pe osie indicată, în mod corect, de către Metrorex în raportul procedurii de atribuire;

- f) din cap. IV.4.1. [Modul de prezentare al propunerii tehnice] din Fișa de date rezultă că toate cerințele impuse prin caietul de sarcini sunt cerințe minimale.

A.3 Modificările operate de către în cadrul propunerii tehnice nu sunt abateri tehnice minore

consideră, în mod netemeinic, că modificarea propunerii tehnice nu ar conduce la respingerea ofertei sale deoarece ajustările operate nu s-ar circumscrie cazurilor exceptate de la calificarea drept abatere tehnică minoră prevăzută de dispozițiile art. 140 alin. (8) din H.G. nr. 394/2016. Prin invocarea acestui argument încearcă evitarea analizei condițiilor impuse de lege pentru ca o modificare să fie considerată abatere tehnică minoră.

Intervenientul precizează că în analiza neîncadrării modificărilor în abateri tehnice minore sunt relevante următoarele aspecte:

- (a) regula generală : orice modificare a propunerii tehnice se sancționează cu respingerea ofertei din procedura de atribuire ca inacceptabilă.;

- (b) excepția : oferta poate fi considerată admisibilă doar dacă modificarea propunerii tehnice reprezintă corectarea unei abateri tehnice minore. Or, nu a corectat valorile furnizate în propunerea tehnică inițială, ci a modificat în mod discreționar elemente din propunerea tehnică fără ca anterior să existe ambiguități/ neconcordanțe și/sau (ii) greșeli care ar putea conduce la o corectare a informațiilor furnizate. Singurul scop pentru care aceste valori au fost modificate a fost acela de a se încadra în valoarea maximă admisă pe osie, iar nu corectarea unei abateri tehnice minore;

- (c) definiția abaterilor tehnice minore. Intervenientul menționează dispozițiile art. 140 alin. (7) din H.G. nr. 394/2016. Concret, sunt permise doar completarea și corectarea unor abateri sau omisiuni. Prin urmare, modificarea unor valori din cadrul propunerii tehnice nu se circumscrie noțiunii de corectare / completare a abaterii tehnice minore permisă de lege deoarece greutatea subansamblurilor și subcomponentelor nu prezentau ambiguități sau neconcordanțe, ci au fost modificate doar pentru ca oferta să respecte cerințele Caietului de sarcini privind sarcina maximă admisă pe osie - 14 tone;

- (d) situațiile expres prevăzute de lege în care modificările pot fi considerate abateri tehnice minore trebuie analizate doar dacă sunt respectate condițiile menționate anterior; modificarea nu se încadrează în condițiile impuse de lege pentru a fi considerată abatere tehnică minoră;

- (e) oricum, a modificat greutatea a 11 subansambluri și componente;

- (f) modificarea greutății componentelor produsului oferat ar fi condus la crearea unui avantaj evident în cazul în care ar fi fost acceptată de către Metrorex.

A.4 Prin Documentația de atribuire nu a fost stabilită nicio marjă de eroare a valorilor indicate. stabilește cota de 3% în mod discreționar, completând astfel documentația de atribuire

În primul rând, raționamentul prezentat de [redacted] în justificarea includerii cotei de 3% pentru marja de eroare este ambiguu și netemeinic dat fiind că susține următoarele aspecte:

- (i) Standardul EN15663 ar statua o toleranță de fabricare bazată pe cele mai bune informații disponibile, fără însă a fi indicat o valoare concretă a acesteia;

- (ii) că valoarea marjei se fundamentează pe prevederile STI, iar nu pe conținutul Standardului EN 15663;

- însă (iii) prevederile STI adoptate prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 („STI”) care prevăd toleranța de $\pm 3\%$ nu sunt aplicabile trenurilor de metrou.

Rezultă, astfel, că ofertantul [redacted] a ales în mod discreționar să includă o marjă de eroare, fără ca documentația de atribuire să o impună și/sau un act normativ aplicabil Procedurii de atribuire să permită această posibilitate.

În al doilea rând, chiar [redacted] recunoaște că nu există reglementări specifice în materia construcției de metrouri care să prevadă o anumită valoare a toleranței pentru greutatea estimate, deși a utilizat cota de 3% în cadrul propunerii sale tehnice.

În al treilea rând, STI nu este aplicabil trenurilor de metrou, ci strict pentru sistemul feroviar și, în consecință, nici toleranța de $\pm 3\%$ nu este aplicabilă prezentei Procedurii de atribuire.

Prevederile STI nu stabilesc o cotă pentru marja de eroare necesară a fi inclusă în cadrul ofertei depuse, ci strict în urma proiectării efective a trenului.

Totodată, în Standardul EN15663 se prevede în mod expres că se pot aplica toleranțele indicate în normele de aplicare sau în caietul de sarcini ale vehiculului. Însă, dat fiind că prin caietul de sarcini nu a fost indicată o astfel de prevedere, ofertanții nu aveau dreptul de a indica în cadrul ofertei.

Concret, prevederile normative pe care [redacted] și-a fundamentat includerea marjei de eroare de 3%, pe de o parte, nu sunt aplicabile procedurii de atribuire și, pe de altă parte, statuează posibilitatea de a se utiliza această cotă doar pentru trenul construit, iar nu în faza de ofertare/proiectare.

Acceptarea aplicării acestei cote de către [redacted] conduce la încălcarea principiilor legalității, transparenței și tratamentului egal dat fiind că [redacted] a depus oferta cu respectarea documentației de atribuire fără inserarea acestei marje de eroare care, nefiind inclusă în documentația de atribuire, nici nu putea fi luată în considerare.

În al patrulea rând, la un simplu calcul matematic se constată că 3% din valoarea masei totale admise a trenului (180 tone) este de 5,4 tone, valoare ce, în mod automat, conduce la depășirea masei totale admise pe osle - 14 tone, motivul pentru care oferta [redacted] a fost, oricum, respinsă din Procedura de atribuire.

Aplicarea unei cote de 3% a marjei de eroare este discreționară, neprevăzută de documentația de atribuire, nesolicitată de către

autoritatea contractantă și, în consecință, nu poate fundamenta o pretinsă modificare a valorii greutății subansamblelor/sub-componentelor operată de către

A.5 Nu se impune anularea procedurii de atribuire

Intervenientul reiterează motivele formulate în cererea de intervenție.

B. La acest punct al documentului, intervenienta face referiri la contestația a doua, ce vor fi redată în secțiunea deciziei referitoare la aceasta.

C. arată și că nu se impune reevaluarea ofertei sale. Criticile formulate față de oferta prin intermediul concluziilor scrise sunt inadmisibile și tardive

Se impune respingerea solicitării de reevaluare a ofertei dat fiind că:

C.1 Prin contestații nu au fost formulate critici care să conducă la reevaluarea ofertei

Atât au solicitat, în mod nejustificat, reevaluarea ofertei în realitate, nu a fost formulată, argumentată și/sau probată nicio critică pe care să se fundamenteze o astfel de măsură.

Prin urmare, raportat la faptul că față de oferta nu a fost invocată nicio critică, intervenientul solicită Consiliului să respingă solicitările contestatoarelor de a reevalua oferta deoarece singurele oferte ce ar putea fi reevaluate ar fi doar cele depuse de către contestatoare.

C.2 Excepția inadmisibilității și tardivității criticilor față de oferta

Criticile invocate de către prin concluziile scrise față de oferta sunt inadmisibile/tardive și nu pot face obiectul analizei Consiliului, în prezenta cauză, raportat la următoarele aspecte:

- prin contestație, nu a formulat nicio critică privind oferta
- dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 statuează în mod expres inadmisibilitatea prezentării unor noi motive de contestare pe calea concluziilor scrise;
- invocarea principiului tratamentului egal nu acoperă inadmisibilitatea formulării criticilor prin intermediul concluziilor scrise;
- nu există nicio prevedere legală prin care se pot acorda derogări de la termenul imperativ de contestare pentru ca ofertantul să aibă posibilitatea de a afla și aduce noi motive în sprijinul contestației într-un moment ulterior împlinirii termenului;
- nu este admisibil și nici permis ca o contestație să fie depusă la Consiliu doar pentru ca ofertantul să aibă acces la documentele achiziției și de a le studia în vederea descoperirii motivelor care ar putea să îi susțină contestația depusă;
- dispozițiile legale din materia achizițiilor publice nu prevăd posibilitatea contestatorului de a modifica sau completa oricând motivele

contestației prin care s-a delimitat cadrul judecării urmare a studiului dosarului achiziției, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost investit în termenul legal de contestare;

- jurisprudența este unitară în sancționarea demersurilor de completare a contestațiilor pe calea formulării concluziilor scrise;

- repunerea în termenul de contestare nu este permisă nici raportat la principiul celerității.

- odată formulate criticile, acesta este cadrul procesual strict și limitativ în care urmează a se judeca această cauză; Consiliul nu poate fi reinvestit, după expirarea termenului prescris de contestare, cu alte motive de nelegalitate a actului contestat și nici nu poate dispune repunerea contestatorului în termenul de contestare doar ca urmare a studiului dosarului achiziției;

- criticile formulate prin concluziile scrise de către sunt simple speculații nedemonstrate și/sau probate rezultate din studiul dosarului de achiziție publică;

- totodată, dispozițiile art. 249 din C. pr. civ.29 și art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/201630 impun părților să își susțină cu mijloace de probă adecvate cele ce afirmă în fața Consiliului.

Intervenientul solicită Consiliului ca, în măsura în care și procedeează la completarea criticilor din contestație, să le respingă, în mod similar, ca inadmisibile și tardive.

C.3 Oricum, criticile susținute de prin concluziile scrise sunt netemeinice

În primul rând, criticile față de oferta expuse doar prin concluziile scrise sunt complet nemotivate și neprobate. Se impune respingerea acestor critici dat fiindcă dispozițiile art. 10 lit. f) și g) din Legea nr. 101/2016 impun contestatorului obligația de a motiva contestația și, în consecință, criticile formulate.

În al doilea rând, oferta respectă cerințele impuse prin documentația de atribuire și, oricum, propunerea tehnică nu a fost modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări, cum în mod tendențios susține Intervenientul arătând că:

- niciunul dintre parametri tehnici și nicio valoare exprimată în oferta inițială nu au fost modificate prin răspunsul la solicitările de clarificare, ci Metrorex a solicitat doar confirmarea valorilor deja indicate în cadrul propunerii tehnice

- termenul stabilit de pentru livrarea primului tren a fost corect luat în considerare de către comisie, fără a fi corectat, fiind coroborat cu celelalte elemente ale ofertei .

Pentru combaterea criticilor relevante sunt următoarele aspecte:

- în conformitate cu art. 141 din HG nr. 394/2016 , urmare a solicitării de clarificare transmise de Metrorex, a procedat la clarificarea viciului de formă constat urmare a neconcordanței informațiilor privind termenul de livrare al primului tren și al simulatorului de conducere.;

• coroborarea celor două termene a condus la obținerea de către a unui singur punct din 6 pentru acest factor de evaluare și, în consecință, nu i-a fost produs niciun avantaj intervenientului. Termenul de luni pentru livrarea primului tren este permis prin documentația de atribuire și, prin urmare, criticile în sensul că acesta ar reprezenta un dezavantaj pentru Metrorex nu pot fi reținute atât timp cât însăși entitatea contractantă a acceptat posibilitatea indicării unui astfel de termen.

• Metrorex a respectat tratamentul egal și a oferit tuturor ofertanților posibilitatea de a corecta eventuale neconcordanțe sesizate la nivelul propunerii tehnice, sancționând însă încercarea de modificare flagrantă a propunerilor tehnice;

- nu și-a modificat valoarea indicată în cadrul propunerii tehnice privind consumul energetic propriu al sistemului de ventilație cu răcire oferit inițial.

- din propunerea tehnică a nu au lipsit parametri necesari conform caietului de sarcini pentru calculul performanțelor pentru tracțiune. Concret, Metrorex a solicitat completarea sub formă tabelară a caracteristicii tracțiune și putere electrică, s-a conformat acestor solicitări prin transmiterea unui tabel completat cu informațiile solicitate. Critica este nefundamentată deoarece posibilitatea de a completa informațiile furnizate în cazul unor omisiuni este expres prevăzută de dispozițiile art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/201637, iar informațiile pe baza cărora se pot corobora datele oferite în propunerea tehnică a sunt indicate în clarificări;

nu a modificat consumul energetic al instalației de ventilație cu refrigerare;

- modalitatea de îndeplinire a cerinței privind asigurarea sculelor speciale necesare efectuării integrale a procesului de mentenanță a fost descrisă în mod complet atât în propunerea tehnică, cât și în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 18, setul 1. Nu a fost completată/modificată propunerea tehnică astfel cum încearcă să inducă ci s-a oferit explicația care respectă complet și corect exact cerințele documentației.

- toate cerințele impuse de caietul de sarcini privind instalația de ventilație forțată cu refrigerare se regăsesc în propunerea tehnică

În al treilea rând, Metrorex nu a procedat la crearea unui avantaj intervenientului prin clarificările solicitate. Din analiza raportului din 16 martie 2020 rezultă că Metrorex a procedat la formularea a 4 seturi de solicitări de clarificări față de propunerea tehnică 2 seturi de clarificări față și iar față de oferta au fost solicitate 3 seturi de clarificări.

Prin adresa nr. 1205/02.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26347/02.07.2020, autoritatea contractantă, transmite răspuns față de concluziile scrise depuse în data de 29.06.2020 de

În completarea sugeriilor exprimate prin punctul de vedere nr. M.09.01.01/1064 /15.06.2020, față de aspectele punctuale de critică

evidențiate cu caracter de noutate la nivelul concluziilor scrise depuse în data de 29.06.2020 autoritatea contractantă precizează următoarele:

Punctele 1.1. - 1.3. din concluzii reiterează aspectele din contestație, față de care a fost transmis punctul de vedere la autorității contractante

La punctul 1.4. din concluzii, contestatoarea nu face altceva decât să recunoască faptul că, în mod cu totul nejustificat, răspunsul prezentat în data de 05.12.2020 nu aduce o minimă clarificare cu privire la temeiul operării de modificări față de Anexa 12 din propunerea tehnică. Pentru a aduce lămuriri suplimentare cu privire la situația concretă din procesul de evaluare, precizăm următoarele detalii:

i. Prin solicitarea de clarificări din data de 18.10.2019 s-au solicitat ofertantului următoarele:

"Conform Tabelului cerințelor tehnice minimale, masa trenului de 6 vagoane este de 174,8 tone.

Conform pct. 1.4 din Anexa 13, masa unei unitati de ventilație fortata cu refrigerare este de 520 kg +/- 15%, iar conform pct. 1 este indicat faptul ca «fiecare vehicul va fi prevăzut cu doua unitati de ventilație fortata cu refrigerare pentru compartimentul pasagerilor, amplasate pe fiecare parte a unitatii vagon. » Conform Anexei 12 rezulta ca masa unei unitati de aer conditionat este de 575 kg, inasa nu este luata in calcul decât o singura instalatie pe vagon.

Fata de acestea, va rugam sa clarificați neconcordanțele constatate în secțiunile indicate ale propunerii tehnice cu privire la numărul de instalatii de ventilație fortata cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon si masa unei unitati de ventilație fortata cu refrigerare."

ii. Prin răspunsul postat de ofertantul cu încadrare în termenul stabilit, acesta confirmă că fiecare vagon dispune de două unități de ventilație forțată cu refrigerare și că unitatea de ventilație forțată cu refrigerare are o greutate de 520 kg +/- 15%.

iii. Pe baza acestor informații comunicate de ofertant, autoritatea contractantă a constatat incidența prevederilor art. 141 alin. (3) din HG 394/2016, respectiv ofertantul a comunicat că în cadrul Anexei 12 din propunerea tehnică se regăsesc informații eronate, cu referire la masa unei unitati de aer conditionat este de 575 kg, și la faptul că este luata in calcul decât o singura instalatie pe vagon, iar informațiile corecte confirmate de ofertant (fiecare vagon dispune de două unități de ventilație forțată cu refrigerare și că unitatea de ventilație forțată cu refrigerare are o greutate de 520 kg +/- 15%) se regăsesc în documentele inițiale ale propunerii tehnice.

iv. Față de aspectele constatate autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să confirme acordul pentru efectuarea corecției în sensul prevăzut prin textul de lege, respectiv prin înlocuirea valorii eronate (575 kg) menționate pentru masa instalației de aer condiționat cu valoarea corectă (1040 kg, valoare confirmată prin răspunsul anterior al ofertantului), respectiv pe baza informațiilor confirmate de acesta ca fiind corecte.

Autoritatea contractantă consideră că, în mod eronat și neîntemeiat, contestatoarea califică acțiunea evidențiată la punctul iv. ca atitudine tendențioasă a Metrorex îndreptată intenționat spre descalificarea de fapt solicitarea fiind formulată tocmai în sensul de a se asigura înțelegerea și respectarea prevederilor art. 141 alin. (3) din HG 394/2016.

În concret, fără a prezenta nicio explicație/lămurire, documentul Anexa 12 din cadrul propunerii tehnice a fost revizuit, pe lângă corectarea viciului de formă, fiind operate modificări evidente (micșorări) ale maselor unor subansambluri și componente față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială.

Abia la nivelul contestației, înțelege să admită faptul că Anexa 12 prezentată în cadrul răspunsului de clarificare conține valori ale greutateilor ajustate/inter-șanjate pentru mai multe subansamble/sub-componente pentru a îndrepta omisiunea strecurată din greșeală (n.n.: de fapt modificările au vizat clar corectarea depășirii unei cerințe minime, respectiv readucerea ofertei în limitele de admisibilitate stabilite prin cerințele minime) și totodată să prezinte justificări bazate pe propria apreciere.

De altfel, la nivelul contestației și a concluziilor scrise, contestatoarea înțelege să încerce susținerea mai multor variante, respectiv ajustare în interiorul unei marje, corectare a unor abateri tehnice minore, variante care ar putea să creeze aparența de justificare întemeiată pentru acțiunea sa de modificare a propunerii tehnice prin răspunsul de clarificare,

Referitor la afirmațiile evidențiate la punctul II 1.- II.3. din concluzii scrise, autoritatea contractantă consideră oportun să prezinte următoarele detalii (textul integral al întrebărilor adresate și al răspunsurilor acestuia) de natură să lămurească interpretarea eronată a contestatoarei cu privire la aspectele reținute în raportul experților cooptați din data de 16.03.2020:

1. Lungimea trenului = mm (cf. răspuns 1 set de clarificări nr. 1)

i. Textul solicitării de clarificări nr. M.09.01.01/1744/18.10.2019, cu termenul limită de răspuns 04.11.2019: "Conform datelor furnizate la cap. 1 și la cap. 2.2 din Descrierea Tehnică, lungimea totală a trenului propus este de mm. Conform datelor din cap. 2.1 și respectiv din însumarea lungimilor vagoanelor componente ale trenului enunțate la cap. 2.2 din descrierea Tehnică rezulta lungimea totală a trenului de mm. Va rugăm să clarificați care este valoarea exactă a lungimii trenului oferit."

ii. Textul răspunsului postat de ofertant în termenul stabilit:

Lungimea exactă a trenului este mm, așa după cum rezultă din tabelul 1, pag. 37/544 și din desenul Configurația trenului Metropolis București, planșa 4/6, pag 120/544. Valoarea de mm reprezintă o eroare de dactilografiere, din nefericire nedetectată la verificarea finală a textului ofertei.

Notă: Răspunsul ofertantului indică referințele din propunerea tehnică unde se regăsește informația corectă (tabelul 1, pag. 37/544 și

din desenul Configurația trenului Metropolis București, planșa 4/6, pag 120/544) și precizează că Valoarea de mm reprezintă o eroare de dactilografieră, situație care se încadrează în condițiile prevăzute pentru viciu de formă (prevederile art. 141 alin. (3) din HG 394/2016).

2. Garanția cadrului de boghiu = luni (cf. răspuns 24 set clarificări nr. 1)

i. Textul solicitării de clarificări nr. M.09.01.01 / 1744 / 18.10.2019, cu termenul limită de răspuns 04.11.2019: "Referitor la garanția cadrului de boghiu sunt indicate termene de garanție diferite (de luni într-un document și respectiv de luni în celălalt document). Va rugăm să clarificați această necorelare."

ii. Textul răspunsului postat de ofertant în termenul stabilit: Garanția cadrului de boghiu este de luni așa cum a fost precizat la pagina 9/544. Valoarea de de luni de la pagina 20/544 reprezintă o eroare de dactilografieră. Valoarea corectă este cea de luni.

Notă: situația este similară cazului de la punctul 1.

3. Termenul de livrare al primului tren = luni de la semnarea contractului (cf. răspuns 25 set clarificări nr. 1)

i. Textul solicitării de clarificări nr. M.09.01.01 / 1744 / 18.10.2019, cu termenul limită de răspuns 04.11.2019: "Conform prevederilor documentației de atribuire Secțiunea IV- modelul de contract - Cap. 13.13 al. (2), recepția simulatorului de conducere și a sculelor speciale reprezintă condiție de recepție pentru recepția și punerea în funcțiune a primului tren.

Conform documentului T_071 Program de livrări rezulta ca primul tren va fi livrat către METROREX la de luni de la semnarea contractului și ca simulatorul de conducere va fi livrat la de luni de la semnarea contractului.

La nivelul informațiilor cuprinse în documentul T_071 Program de livrări se constată o necorelare în ceea ce privește termenul declarat pentru livrarea către METROREX a primului tren și termenul declarat privind livrarea simulatorului, în raport de condiția prevăzută în documentația de atribuire Secțiunea IV- modelul de contract Cap. 13.13 alin. 2.

În concret, conform condiției prevăzute în documentația de atribuire - secțiunea IV, la Cap. 13.13 al. 2 rezultă că recepția de punere în funcțiune pentru primul tren (echivalând cu livrarea către

METROREX - conform Cap. 14.6 din modelul de contract) nu poate avea loc anterior livrării simulatorului (astfel cum se evidențiază în T_071 Program de livrări).

Pentru clarificarea / corectarea informațiilor necorelate / eronate care se regăsesc la nivelul documentului T_071, având în vedere obligația prevăzută la Cap. 221 alin. (2) din legea 99/2016 și ținând seama de faptul că termenul de livrare pentru primul tren reprezintă și factor de evaluare, se impune asigurarea privind faptul că aceasta (clarificarea / corectarea) nu este de natură să determine un avantaj evident în favoarea ofertantului.

In contextul celor precizate mai sus, se consideră că aspectul de necorelare a informațiilor privind termenele de livrare constatată în documentul T 071 este de natura unui viciu de formă, astfel cum este acestea prevăzută la Cap. 141 din HG 394/2016, fiind permisă corectarea pe baza altor informații existente inițial la nivelul ofertei cu condiția de a nu se determina un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură.

In sensul prevederilor Cap. 141 din HG 394/2016, informația corectă, respectiv termenul de livrare pentru primul tren = luni, rezultă din Documentul T 071 Program de livrări în condițiile stabilite prin documentația de atribuire - Secțiunea IV, Cap. 13.13 alin. (2) și Cap. 14.6., corectarea erorii privind termenul de livrare de de luni prevăzută pentru primul tren fiind susținută de informația existentă cu privire la termenul de livrare de de luni oferit pentru simulator, în condițiile stabilite la nivelul documentației de atribuire - secțiunea IV, Cap. 13.13 alin. (2) și Cap. 14.6. Totodată, corectarea erorii constatate nu este susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, fiind astfel îndeplinite condițiile prevăzute la Cap. 141 alin. (3) din HG 394/2016.

Față de cele mai sus precizate, în temeiul prevederilor Cap. 141 alin. (1) din HG nr. 394/2016 se solicită ofertantului corectarea viciului de formă în cadrul documentului T_071, respectiv corectarea termenului de livrare către METROREX a primului tren de la de luni la de luni, respectiv la momentul la care sunt îndeplinite condițiile prevăzute în documentația de atribuire pentru recepția de punere în funcțiune a primului tren.

În situația în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciului de formă conform solicitării, oferta sa va fi considerată inacceptabilă, conform prevederilor Cap. 141 alin. (2) din HG 394/2016".

ii. Textul răspunsului postat de ofertant în termenul stabilit: [...] Totuși, având în vedere prevederile legislative citate de către dvs, precum și interpretarea care rezultă din textul întrebării de clarificare adresate nouă, vă asigurăm că lăsăm la deplină apreciere a Autorității contractante îndreptarea erorii în sensul indicat prin întrebarea adresată, dorind să evităm situații conflictuale și dispute interpretative conexe. Prin urmare, dacă Metrorex va aprecia că nu este permisă luarea în considerare a explicației perfect coerente, logice și eficiente pe care subscrisa a oferit-o mai sus, pentru a justifica diferența aparentă dintre termenele indicate în legătură cu primul tren și, respectiv, simulatorul în discuție, suntem de acord cu îndreptarea erorii în maniera indicată (adică luarea în considerare a termenului de de luni ca fiind final și comun ambelor obiecte), fără ca prin acest acord să eliminăm, însă, speranța ca Metrorex să aprecieze eficiența cerinței, respectiv să accepte că livrarea efectivă a unui echipament neajustat scopului folosirii sale este complet inutilă.

4. Consumul energetic propriu al sistemului de ventilație cu răcire [...] = kwh (cf. răspuns 1 set caltrificări nr. 3)

i. Textul solicitării de clarificări nr. M.09.01.01 / 2285 / 17.12.2019, cu termenul limită de răspuns 20.12.2019: *In răspunsul precedent de clarificare se indică o valoare a consumului energetic propriu al instalației de ventilație cu refrigerare de kWh, pentru cazul de încărcare maximă al trenului (EL6) și în condițiile unui aport de aer proaspăt de 12 m3/ora. Se solicită clarificarea necorelării dintre valoarea consumului energetic declarată prin răspunsul de clarificare (de kWh) și valoarea indicată în oferta inițială în cadrul documentelor indicate în coloana din stânga, care este de kWh, iar în cazul în care valoarea corectă este de kWh vă rugăm să explicați de unde provine această diferență. Explicațiile vor avea în vedere prevederile Cap. 140 alin. (5) și alin. (6).*

ii. Răspunsul postat în termenul limită și înregistrat cu nr. M.09.01.01 / 2342 / 23.12.2019: *În conformitate cu Propunerea Tehnică Prezentată de către Alstom Transport la pag, 318/544 din Propunerea Tehnică, am indicat pentru consumul energetic valoarea de kWh, obținută în conformitate cu ipotezele de calcul avute în vedere și prezentate în cadrul acestor documente. Vă rugăm să observați faptul că în fața numărului am folosit simbolul „~”, folosit în locul cuvântului „aproximativ”.*

Având în vedere clarificarea M. 09.01.01 /2107 /26.11.2019, întrebarea nr. 1, am procedat la un calcul exact al acestei valori, în conformitate cu cerințele indicate valoarea astfel obținută și comunicată fiind de kWh. Prin indicarea valorii obținute prin calculul efectuat în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire, răspunsurile la clarificări și cererea de clarificare, nu se produce niciun avantaj pentru Valoarea exactă de kWh este mai mare decât valoarea inițial comunicată și, având în vedere modul de calcul al punctajului de evaluare al propunerii tehnice, care are ca referință o valoare minimă de consum energetic comunicată de un ofertant, valoarea exactă comunicată de noi nu va produce niciun avantaj pentru în evaluarea ofertei.

Notă: în situația de mai sus, ca urmare a solicitării formulate, răspunsul ofertantului precizează valoarea exactă rezultată din calcul de Mwh pentru parametrul consumul energetic, menționat inițial cu valoare aproximativă kWh, aspect care nu se poate considera ca modificare a conținutului propunerii tehnice în sensul prevederilor art. 140 alin. (5), fiind incidente deasemenea prevederile art. 141 alin. (3) deoarece corectarea / completarea este susținută de calcule în care se utilizează informațiile existente inițial și nu este susceptibilă de a determina un avantaj incorrect în raport cu ceilalți participanți (determină obținerea unui punctaj mai mic).

5. Calculul consumului energetic al echipamentelor auxiliare [...] prezentat în răspunsul nr. 4 din setul de clarificări nr. 2

i. Textul solicitării de clarificări nr. M.09.01.01/1744/ 18.10.2019, cu termenul limită de răspuns 04.11.2019: *In conformitate cu răspunsul la întrebarea de clarificare nr. 5 publicata anterior depunerii ofertelor, « Parametrii reprezentând consumul de energie care vor fi*

precizați în cadrul celulelor 4.3, 4.9, 5.2 și 5.6 corespund consumului total al trenului și anume tractiune și echipamente auxiliare, cu excepția consumului instalației de ventilație forțată cu răcire. » Totodată, în conformitate cu răspunsul la întrebarea de clarificare nr. 3 publicată anterior depunerii ofertelor, « caracteristicile de tractiune și caracteristicile energetice ale materialului rulant propus trebuie indicate astfel:

- caracteristicile 4.1, 4.2, 4.3, 4.7, 4.8 și 4.9 trebuie indicate în cazul utilizării accelerației maxime disponibile a trenului, mers cu menținerea vitezei maxime și apoi franare utilizând decelerația maximă disponibilă a trenului

- caracteristicile 5.1, 5.2, 5.5 și 5.6 vor fi indicate în cazul utilizării unui regim de mers economic, adică pornire din fiecare stație până la viteza maximă permisă de interstație utilizându-se accelerația maximă a trenului, mers lansat până la scăderea vitezei cu 10% față de viteza maximă permisă pe tronsonul respectiv, reintroducere a tractiunii dacă este nevoie până la viteza maximă permisă pe tronsonul respectiv, franare maximă de serviciu pentru oprirea în stația următoare, conform celor menționate în cap. 3.3 din caietul de sarcini. »

Vă rugăm să completați datele furnizate în cadrul Formularului T 004 de Propunere Tehnică pct. 4.1 - 4.9 (pag. 17-18/544) și al documentului T_061_ Calcul Performante Tractiune - cap. 5 cu caracteristicile rezultate pentru parcursul complet al Magistralei 5 în cazul utilizării accelerației maxime disponibile a trenului, mers cu menținerea vitezei maxime și apoi franare utilizând decelerația maximă disponibilă a trenului.

ii. Răspunsul postat în termenul limită și înregistrat cu nr. M.09.01.01/1922/05.11.2019: Vă rugăm să aveți în vedere tabelul de mai jos completat în conformitate cu solicitarea dumneavoastră.

Notă: tabelul se regăsește evidențiat în procesul de evaluare, la pag. 28 din Raportul experților cooptați din data de 16.03.2020, informațiile fiind rezultate din calculele aferente simulărilor care se regăsesc în propunerea tehnică.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă consideră că rezultă că procesul de evaluare s-a desfășurat cu respectarea prevederilor legislației aplicabile, inclusiv cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, iar afirmațiile contestatoarei privind aplicarea unui tratament preferențial în cazul ofertantului declarat câștigător și (în opoziție) a lipsei de flexibilitate în cazul ofertei sale, reprezintă interpretări eronate cu prezentarea unor informații trunchiate și rupte din context, bazate pe simple speculații lipsite de substanță, care urmăresc prin mijloace discutabile discreditarea procesului de evaluare în sprijinul interesului propriu.

Pentru lămurirea aspectelor de ordin tehnic invocate prin concluziile scrise, autoritatea contractantă anexează punctul de vedere al experților tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare (Anexa nr. 1), parte din prezentul punct de vedere.

Prin adresa fără număr de înregistrare și nedatată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestărilor cu nr. 26587/03.07.2020,

transmis răspuns la notele de ședință formulate de Metrorex și solicitând Consiliului admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată, cu obligarea părții pârâte Metrorex la plata tuturor cheltulelilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

I. Cu privire la excepțiile inadmisibilității și tardivității invocate de intervenientă

invocă art. 21 alin.(3) din Legea nr. 101/2016.

Dispoziția norme normei sus menționate este aceea de a interzice prezentarea unor noi motive de contestare și / sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare

În primul rând, astfel cum se poate lesne observa la dosarul acestei cauze și astfel cum recunosc atât intervenienta, cât și Metrorex, a formulat în termen contestația, și tot în termen, a formulat și concluzii scrise.

În al doilea rând, contestația care formează obiectul dosarului nr. 1094/2020 are un petit clar și neechivoc, o prezentare sub formă de tabel pentru a facilita citirea și înțelegerea capetelor de cerere. Nu este necesar, deci, un efort deosebit în a desluși finalitățile urmărite pentru a determina existența sau nu a unor capete de cerere.

În al treilea rând, subliniază că în susținerea petitelor 2.2.1 și 2.2.2. a inclus în contestația propriu-zisă secțiunile III.1 (pag. 8 - 16) respectiv secțiunea III.2 (pag. 16 - 19), iar în susținerea petitului 3 a inclus secțiunea IV (pag. 19 - 29).

În al patrulea rând, arată că prin concluziile scrise a punctat care sunt înscrisurile/probele și care este relevanța lor probatorie în susținerea capetelor de cerere și a motivelor de nelegalitate ale raportului procedurii/ale procedurii de achiziție publică și nu am adăugat motive noi.

subliniază că orice contestator se poate folosi în susținerea contestației sale atât de probe preexistente/ne-aflăte la dosarul achiziției publice, cât și de probele - înscrisurile care se află deja la dosarul cauzei. Instituția concluziilor scrise în procedura derulată în fața Consiliului tocmai acest rol îl are, și anume să dea posibilitatea contestatorului să indice Consiliului care sunt înscrisurile relevante de la dosarul achiziției, care vin în susținerea contestației.

Altfel, studiul dosarului achiziției publice ar rămâne o etapă/un drept fără fond/fără rost. Este de la sine acceptat de legiuitorul român, dar și de practica instanțelor de judecată, că prin concluziile scrise se poate vorbi, oricât, despre orice înscris din dosar.

Prin urmare, solicită respingerea excepțiilor inadmisibilității și a tardivității ca neîntemeiate raportat la normele de procedură pe care se sprijină și la realitatea conținutului contestației noastre și concluziilor noastre scrise.

II. Cu privire la pretinsa netemeinicie a criticilor susținute de prin concluziile scrise cu privire la în sensul că a

modificat propunerea sa tehnică prin răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de Metrorex

Sub un prim aspect, având în vedere că intervenienta perpetuează o interpretare voit greșită a modului în care și-a conceput oferta tehnică, contestatoarea consideră că se impune o precizare suplimentară față de argumentele sale expuse deja pe larg în cuprinsul contestației și a concluziilor scrise.

Astfel, prin afirmația de la pct. 9 (a) din notele scrise, încearcă să inducă în eroare Consiliul cu privire la un aspect esențial în elaborarea oricărei oferte tehnice, și anume acela că subcomponentele nu există la momentul ofertării, iar greutatele furnizate în ofertă sunt pur estimative/teoretice, nefiind cunoscută cu certitudine și neputând fi furnizată definitiv valoarea cântărită a acestora la acest moment To al ofertării.

Acest fapt ar trebui cunoscut de prin prisma calității sale asumate de participant la procedura de achiziție, dat fiind că produsele care urmează a fi furnizate în executarea contractului nu sunt, în acest moment, nici măcar în faza de proiectare, proiectarea trenurilor de metrou fiind o parte componentă din obiectul contractului care urmează să fie realizată în executarea contractului, astfel cum se prevede la IV.4.1. din fișa de date a achiziției.

Sub un al doilea aspect, intervenienta pretinde că petenta nu a dovedit aspectele pe care le-a învederat cu privire la modificarea de către ofertei sale tehnice ulterior depunerii ofertei, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, susținând că *nu a indicat nicio dovadă a afirmațiilor sale și, de altfel, criticile enunțate nu au niciun corespondent în realitatea propunerii tehnice depuse de către subscrisa*.

Apărarea este vădit neîntemeiată, întrucât ignoră flagrant trimiterea la înscrisurile doveditoare existente la dosarul cauzei constituit la Consiliu, trimiteri pe care le-a făcut în mod explicit în cuprinsul Concluziilor scrise.

Sub al treilea aspect observația potrivit căreia Consiliul nu are obligația să efectueze o anchetă pe cont propriu pentru a verifica dacă un ofertant îndeplinește sau nu cerințele din documentația de atribuire, este desprinsă de realitate, dat fiind că toate probele pe care le-a indicat în susținerea modificărilor aduse de ofertei sale tehnice se regăsesc întocmai la dosarul cauzei.

Sub un al patrulea aspect. neagă, în mod cel puțin surprinzător, faptul că oferta sa tehnică depusă inițial (i) nu respecta cerințele impuse prin documentația de atribuire și (ii) a fost modificată nici sub aspectul parametrilor tehnici, nici sub aspectul valorilor exprimate, prin răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de către Metrorex.

III. Cu privire la apărările formulate de Metrorex prin concluziile scrise. în susținerea corectitudinii în evaluarea ofertei tehnice a ofertantului

Metrorex furnizează, în extras, o serie de răspunsuri ale ofertantului la solicitările de clarificare care i-au fost adresate pe parcursul evaluării ofertelor, pentru a justifica faptul că modificările pe care

le- a operat în oferta tehnică prin răspunsurile la clarificări, ar reprezenta, de fapt, corectarea unor vicii de formă.

Sub un prim aspect , contestatoarea constată inconsecvența autorității contractante care, pe de o parte, nu a permis accesul la întreaga documentație care privește evaluarea ofertei justificat de o pretinsă confidențialitate a ofertei acestuia și, pe de altă parte, furnizează acum, prin concluzii scrise, tocmai acele informații pretins confidențiale, însă doar pe acelea pe care le consideră ea relevante.

Sub un al doilea aspect, față de susținerile Metrorex cu privire la așa-zisele corectări ale unor vicii de formă pe care le-a propus ofertantului prin solicitările de clarificări pentru a se conforma cerințelor documentației tehnice, consideră că așa cum a calificat modificarea de către a termenului de livrare a primului tren din de luni în de luni, în mod similar ar fi trebuit Metrorex să procedeze și în legătură cu oferta astfel încât, constatând că prin corectarea ofertei tehnice ar fi rezultat o eventuală depășire a unei valori maxime admise prin documentația tehnică, ar fi trebuit să propună o modalitate de corectare prin care să se acopere eventualul viciu identificat.

Sub un al treilea aspect, referirile cu titlu informativ făcute de către Metrorex în finalul concluziilor scrise, la anumite diferențe existente între și autoritatea contractantă pe fondul unor contracte de furnizare a materialului rulant, nu numai că nu sunt relevante pentru soluționarea prezentei cauze, neavând nicio legătură cu obiectul cauzei, dar demonstrează în schimb cel puțin o conduită lipsită de profesionalism din partea Autorității contractante, și, în orice caz, nu independență și imparțialitate, așa cum impune legea.

II. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care

solicită anularea raportului procedurii de atribuire nr. M/09.01.01/931/29.05.2020 prin care oferta depusă de

a fost respinsă ca înacceptabilă și neconformă, a adreselor 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.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că a fost respinsă cu încălcarea principiului legalității, în baza unui rezultat din aplicarea a unei reguli tehnice inexistente.

A. Contestatoarea menționează că oferta sa respectă dispozițiile caietului de sarcini, fiind conformă.

1. Calculul efectuat de autoritatea contractantă în vederea determinării sarcinii maxime pe osle la o stare de încărcare de EL 8 (AW 4) este greșit.

Potrivit raportului procedurii, oferta este considerată neconformă, cu încadrare în prevederile art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/20169.

Potrivit dispozițiilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016 „în condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.”

Contestatoarea menționează că 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.

Contestatoarea învederează dispozițiilor art. 1.3.2. lit. I) și art. 3.2.2. din caietul de sarcini, art. 3.2.2. din caietul de sarcini.

Sarcina maximă a osiei este reprezentată de greutatea tarei vagonului căreia i se adaugă greutatea maximă a încărcăturii. Valoarea totală se împarte la numărul de osil, determinându-se de această manieră sarcina osiei.

Având în vedere dispozițiile art. 3.1.1. ale caietului de sarcini, asocierea a procedat la calcularea valorilor trenului aferente fiecărui tip de încărcare.

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.

Calculul autorității contractante a avut în vedere 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.

Calculul numărului de pasageri aferent unei suprafețe de 41,226 de m² returnează o cifră abstractă de 299,808 pasageri.

Contestatoarea precizează că atâta timp cât 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.

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 greutateii trenului în situații excepționale este dat de maximumul de pasageri care ar putea fi transportați în vagon. Acest număr este de 299 de pasageri.

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.”

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^2 , în cazul stării de încărcare excepțională a trenului aceasta este considerată a fi cea de 500 kg/ m^2 . 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^2 , valoare care este inferioară cu 60 de kg/ m^2 celei propuse de autoritatea contractantă.

La concluzia conformității ofertei _____ se ajunge și aplicând metoda de interpretare logică in dubio pro debitore.

Autoritatea contractantă a respins oferta asocierii utilizând o formulă de calcul care nu era prezentată în fișa de date și invocând presupuse standarde uzuale neidentificate.

Or, potrivit acestei reguli de interpretare, în absența unei prevederi 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.

Contestatoarea învederează practica CNSC și a instanței de judecată.

2. Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă nu are posibilitatea legală de a respinge o ofertă prin folosirea unei reguli nescrise în documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a luat decizia de descalificare a contestatoarei în temeiul unei interpretări care a făcut apel la un concept lipsit de orice motivare concretă: "practicile general aplicabile în materie".

Decizia de a respinge un ofertant prin folosirea unei reguli nescrise în documentația de atribuire nu poate fi admisă 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.

Legiuitorul atribuie caracter obligatoriu doar precizărilor explicite ale documentației de atribuire, aspect confirmat de prevederile art. 36 alin. (6) al HG nr. 394/2016.

Or, dacă o suplimentare a criteriilor de calificare nu produce efecte nici măcar dacă ea este inclusă în caietului 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.

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 OUC 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).

Contestatoarea menționează că instanțele judecătorești au confirmat în mod repetat această susținere în spețe cu o problemă judiciară realmente aproape identică cu cea din prezenta cauză.

Contestatoarea invocă Sentința civilă nr. 153/CA/28.09.2015 Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; Decizia civilă nr. 4565/06.10.2016 Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal; Decizia civilă nr. 1029/07.03.201 Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Contestatoarea concluzionează că 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.

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.

Regulile 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 acestora autorități anihilează dreptul fundamental la transparență.

Contestatoarea precizează că CJUE a pronunțat multiple decizii prin care a evocat încălcarea principiului transparenței printr-o conduită echivalentă cu cea din speță.

Contestatoarea menționează cauza Medipac - Kazantzidis (C-6/05). La fel de elocvente sunt dezlegările oferite de instanța unională în cauza Pippo Pizzo (C-27/15).

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.

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.

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 interpretările ale unor "practici" nenumite.

Astfel, în argumentarea autorității contractante, 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".

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 transfrontalieră la procedurile de achiziții.

Contestatoarea menționează hotărârile CJUE din 2.06.2016 -cauza Pippo Pizzo (C-27/15), care explică inclusiv rațiunile interdicției unei asemenea conduite a entității contractante:

B. Contestatoarea consideră că oferta sa este acceptabilă. Răspunsurile la clarificări au fost concludente

Autoritatea contractantă a respins oferta asocierei drept inacceptabilă pe motiv că răspunsurile contestatoarei la clarificări nu ar fi fost concludente. Cu toate acestea autoritatea nu a arătat în ce manieră aceste răspunsuri nu ar fi concludente.

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.

Or, asocierea a detaliat pe larg în răspunsul său 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 autoritatea contractantă a unei cifre greșite în ceea ce privește numărul de pasageri.

Contestatoarea a efectuat un calcul corect al numărului de pasageri și, subsecvent, al gabariturii total al trenului. Acest gabarit total trebuie calculat în funcție de numărul de pasageri în parte întreagă.

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

C. Precizări suplimentare relevante

Fără a constitui un temel de nelegalitate distinct, contestatoarea menționează că viciul (inexistent) invocat de Metrorex este abuziv. Entitatea contractantă a atribuit contractul unei companii Transport - 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.

Potrivit definițiilor date în cuprinsul documentației de atribuire nivelul maxim al încărcării trenului este de 6 pasageri pe m².

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 caletul de sarcini cu o încărcare maximă de 6 pasageri pe m².

Parametrii de 8 pasageri pe m², respectiv de 10 pasageri pe m² au fost introduși în vederea stabilirii proiectării altor sisteme ale trenului

În concret, valoarea maximală a încărcăturii trenului în exploatare este de 6 călători pe m². Or, dacă trenul nu are puterea necesară de a transporta un număr mai mare de pasageri decât cel identificat ca fiind de 6 m², este evident că gabaritul trenului nu va depăși niciodată această valoare.

De asemenea faptul că trenul nu va fi utilizat în exploatare cu o încărcare de 8 pasageri pe m² este confirmat și de faptul că - potrivit Caletului de sarcini - variabila EL 6 care definește starea de încărcare maximă este încărcarea de referință pentru structura boghiului.

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.

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.

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).

În drept, contestatoarea invocă art. 8, art. 10 și art. 11 din Legea nr. 101 /2016, precum și celelalte dispoziții legale la care se face referire pe parcursului prezentei contestației.

În probațiune, contestatoarea solicită proba cu înscrisuri.

De asemenea, în temeiul art. 19 al Legii nr. 101/2016, contestatoarea solicită acces la dosarul constituit la Consiliu.

Prin adresa nr. 1066/15.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23402/15.06.2020, autoritatea contractantă, transmite punct de vedere referitor la contestația depusă de

..... solicitând respingerea acesteia ca nefondată și netemeinică.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, menționând că Prin răspunsul de clarificare înregistrat cu nr. M.09.01.01 / 2341 / 23.12.2019, contestatoarea comunică suprafața luată în calcul pentru călătorii în picioare, de 41,226 m² pentru vagoanele MP și respectiv M, pe baza acestei informații rezultând, conform calculului efectuat de subscrisa (cu sprijinul experților tehnici cooptați din partea consultantului), sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP (cel mai greu vagon din compunerea trenului), astfel:

- Tara vagonului MP: 30,142 tone (conform răspunsului de clarificare nr. 5 din data de 5.12.2019)
- Numărul calatorilor in picioare in starea de incarcare EL 8 = 41,226 m² (conform răspunsului de clarificare din 18.12.2019) * 8 = 329,808 = 330 calatori (rotunjit)
- Numărul total al calatorilor in vagonul MP in starea de incarcare EL 8 = 330 calatori in picioare + 40 calatori pe scaune = 370 calatori
- Masa calatorilor in starea de incarcare EL 8 = 370 * 70 kg = 25,900 tone
- Masa totala a unui vagon MP = 30,142 + 25,900 = 56,042 tone
- Sarcina maxima pe osie a vagoanelor MP = 56,042 tone / 4 osii = 14.01 tone.

Din acest calcul rezultă că sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP propuse depășește valoarea impusă de maxim 14 tone conform caietului de sarcini.

Prin solicitarea de clarificări, cu termenul limită de răspuns 09.01.2020 s-a solicitat ofertantului clarificarea situației constatate privind

rezultatul calculului efectuat de entitatea contractantă, cu utilizarea informațiilor furnizate în oferta și în clarificările anterioare.

Răspunsul ofertantului, postat în termenul limită și înregistrat cu nr. M.09.01.01/32 /09.01.2020, invocă practica uzuală în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare, și în temeiul invocat susține ca fiind corect, următorul algoritm: utilizarea numărului întreg după/prin eliminarea părții fracționare a numărului rezultat din respectivul calcul aritmetic (calculația numărului de pasageri nu se poate raporta la fracții de pasageri, ci doar la partea întreagă a numărului de pasageri, respectiv prin eliminarea părții zecimale din numărul amintit), luând în calcul doar numărul pasagerilor întregi iar nu și părți de/din pasageri.

În continuarea textului răspunsului, ofertantul concluzionează: *Aceasta ar putea fi considerată echivalentul unei rotunjiri în jos a numărului de pasageri. [...].*

În raport de răspunsul contestatoarei, ținând seama de faptul că modul de calcul al numărului de pasageri nu este reglementat de nicio normă sau standard de specialitate, autoritatea contractantă a înțeles să aplice în evaluare regula aritmetică pentru rotunjirea numerelor zecimale la numărul întreg cel mai apropiat, adică pentru un rezultat cu partea fracționară până la 0,5 se aplică rotunjirea prin scădere la numărul întreg imediat inferior, iar pentru partea fracționară între 0,5 și 0,999 se aplică rotunjirea la numărul întreg imediat superior.

Cu referire la critica formulată de contestatoare privind aplicarea în evaluare a unei formule care nu a fost prevăzută în caietul de sarcini, autoritatea contractantă consideră relevant să reitereze următoarele justificări în susținerea abordării:

- modul de calcul al numărului de pasageri nu este reglementat de nicio normă sau standard de specialitate, astfel cum am precizat și în comunicarea rezultatului procedurii și mai sus în prezentul;

- În condițiile în care reglementările de specialitate nu au prevăzut o modalitate particulară de abordare pentru numărul de pasageri rezultat din calcul ca număr zecimal, entitatea contractantă nu a identificat nicio justificare pentru stabilirea la nivelul caietului de sarcini a unei formule / mod de calcul vizând modalitatea de rotunjire a numerelor zecimale rezultate din calculul numărului de pasageri, altfel decât modalitatea stabilită prin regula aritmetică;

- autoritatea contractantă a considerat că aplicarea regulilor aritmetice în efectuarea calculului aferent elaborării unei oferte, nu este condiționată de menționarea explicită a acestor reguli în documentația de atribuire;

- altfel spus, faptul că în documentația de atribuire nu sunt explicitate regulile aritmetice nu se poate constitui, în opinia noastră, ca argument în invocarea încălcării principiului transparenței sau a unei pretense evaluări după reguli nescrise.

Prin răspunsul

acesta susține de fapt o abordare diferită de

regula aritmetică, abordare în susținerea căreia este invocată evaziv practica uzuală în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare.

Mai mult decât atât, susținerile ofertantului privind aplicabilitatea algoritmului propus prin răspuns conform practicii uzuale în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare, sunt infirmate chiar de modul în care a procedat acesta anterior în oferta depusă, respectiv în oferta tehnică - Secțiunea III-1 -7 - Cap. 3.6 - Greutate și capacitate pasageri - Tabelul 1-3, unde se regăsește aplicată exact regula aritmetică de rotunjire. În concret, se precizează faptul că vagoanele MP și respectiv M oferite au o capacitate de:

- 205 persoane total în starea de încărcare EL 4, din care scăzând pasagerii pe scaune (40 de locuri) rezultă 165 de călători în picioare; practic făcând calculul pe baza suprafeței indicate de ofertant rezultă $41,226 \text{ m}^2 \times 4 \text{ călători/m}^2 = 164,904$ călători, număr care este rotunjit de ofertant la 165 călători, deci la valoarea întreagă imediat superioară numărului fracționar:

- 287 persoane total în starea de încărcare EL 6, din care scăzând pasagerii pe scaune (40 de locuri) rezultă 247 de călători în picioare; făcând calculul pe baza suprafeței indicate de ofertant rezultă $41,226 \text{ m}^2 \times 6 \text{ călători/m}^2 = 247,356$ călători, număr care este rotunjit de ofertant la 247 călători, deci la valoarea întreagă imediat inferioară numărului fracționar.

Totodată, potrivit punctului de vedere al experților coopțați pe lângă comisia de evaluare, prevederile Standardului EN 15663 desființează afirmațiile contestatoarei prevăzute la alineatele 17-23, legat de faptul că rotunjirea numărului de pasageri rezultat din calcul trebuie tăcută numai în jos la cifra întreagă inferioară, motivate de faptul că nu ar exista o suprafață disponibilă care să permită transportarea fracției de călător suplimentar.

Așadar, ținând seama de faptul că modul de calcul al numărului de pasageri nu este reglementat de nicio normă sau standard de specialitate, neexistând astfel temei pentru stabilirea / aplicarea altei modalități de rotunjire a numerelor zecimale de călători decât cea prevăzută de regula aritmetică, în condițiile în care ofertantul a ștut să aplice această regulă aritmetică în alte situații de calcul din oferta tehnică, nu poate fi considerat concludent un răspuns prin care, în mod arbitrar, se aplică o regulă diferită, cu invocarea neexplicită a practicii uzuale în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare, practică ce nu a fost urmată și anterior în exemplele de calcul a numărului de călători din ofertă.

Față de aspectele expuse, autoritatea contractantă consideră justificată decizia adoptată în procesul de evaluare privind caracterul neconcludent al răspunsului ofertantului înregistrat cu nr. M.09.01.01 /32/09.01.2020, acesta neputând fi luat în considerare privind respectarea cerinței referitoare la sarcina maxima pe osie, deoarece algoritmul propus de ofertant pentru calculul numărului de călători nu se regăsește în nicio

reglementare specifică, nu este susținut nici de practica uzuală în domeniu.

Având în vedere faptul că, aplicarea regulii aritmetice de rotunjire a rezultatului, regulă aplicată și anterior în cadrul ofertei, conduce la o valoare de 14,01 tone a sarcinii pe osie, se apreciază că aplicarea arbitrară a unei reguli diferite la nivelul răspunsului, a urmărit evitarea unei situații sancționate cu respingerea ofertei, respectiv a urmărit ca rezultatul privind masa vagoanelor în cazul de încărcare EL 8 să fie la o valoare care să permită încadrarea în sarcina maximă pe osie de 14 tone.

Raportat la valoarea de 14,01 tone, rezultată pentru parametrul sarcina pe osie, procesul de evaluare a avut în vedere inclusiv verificarea privind posibilitatea de acceptare a depășirii înregistrate în ceea ce privește valoarea sarcinii pe osie. Verificare ce a avut în vedere aspectele evidențiate în raportul de specialitate promovat de experții cooptați după cum urmează :

- Sarcina maxima pe osie este un parametru deosebit de important al oricărui sistem feroviar care determină implicații pentru doua sisteme ale acestuia, calea de rulare si materialul rulant, precum si intreaga infrastructura a caii ferate.

Parametrul tehnic sarcina maxima pe osie se stabileste, in functie de cerințele specifice ale căii ferate respective, de la începutul studiilor efectuate pentru definirea acesteia, și anume încă din faza de studiu de fezabilitate. Odată definit și aprobat, acest parametru tehnic este apoi utilizat în toate studiile de proiectare ale infrastructurii, ale căii de rulare și ale materialului rulant. Toate aceste trei elemente sunt proiectate și apoi construite ținându-se cont între altele de acest parametru.

- Indicatorii tehnico-economici ai obiectivului de investiții Magistrala 5 de metrou, aprobați prin Hotărârea Guvernului nr. 374/03.06.2019 au fost stabiliți prin Studiul de fezabilitate aferent obiectivului, documentație tehnico - economică în cadrul căreia se regăsesc prevăzute inclusiv caracteristicile tehnice principale și parametrii tehnologici și pentru materialul rulant, sarcina maximă pe osie fiind prevăzută la 14 tone. De menționat faptul că, astfel cum se regăsește în toate documentele aprobate/avizate la nivelul autorităților statului aferent obiectivului de investiții (Ordinul Ministerului Transporturilor nr. 1674/18.12.2014, modificat și completat prin Ordinul Ministerului Transporturilor nr. 516 /2016 - Anexa nr. 6.), acest parametru nu are toleranțe, fiind prevăzută o valoare maxima admisibilă care nu trebuie depășită. Ca atare, infrastructura magistralei 5 (tunelul) și calea de rulare au fost proiectate și construite pentru aceasta valoare maximă admisă a sarcinii pe osie.

- Această valoare maximă a sarcinii pe osie a fost impusă prin caietul de sarcini și pentru materialul rulant care urmează să fie achiziționat, acesta trebuind să se afle sub această valoare maximă admisibilă de 14 tone.

- Prin documentația de atribuire nu se prevede posibilitatea ca ofertele să se abată de la cerința privind sarcina pe osie. acest parametru

fiind prevăzut în mod clar ca valoare maximă admisibilă (valoare exactă - maxim 14 tone, nefiind prevăzute toleranțe).

- Admiterea depășirii valorii sarcinii maxime pe osie pentru materialul rulant, determină implicații asupra celorlalte două elemente importante ale sistemului feroviar de metrou al magistralei 5 și anume asupra căii de rulare și respectiv a infrastructurii – tunelului.

Rezultatul analizei menționate a evidențiat concluzia privind imposibilitatea acceptării unei soluții tehnice cu depășirea valorii maxime prevăzute pentru sarcina pe osie, ca urmare a faptului că valoarea pentru acest parametru al materialului rulant este stabilită la nivelul studiului de fezabilitate, ca valoare maximă admisă precum și având în vedere implicațiile deosebite ce pot afecta componentele sistemului feroviar.

Față de situația prezentată, autoritatea contractantă apreciază ca fiind temeinic și justificat, rezultatul procesului de evaluare prin care s-a concluzionat că oferta depusă de _____

_____ nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv sarcina maximă pe osie a vagonului Mp aferent trenului propus depășește valoarea maximă admisă prevăzută prin caietul de sarcini pentru sarcina maximă pe osie.

În probațiune, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 244/19.06.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24338/19.06.2020,

_____ a transmis cerere de intervenție, solicitând Consiliului admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată și să respingerea contestației promovată de către _____ ca neîntemeiată.

Cu titlu preliminar, intervenientul, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/20163, solicită Consiliului:

- încuviințarea accesului la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor pe care le va considera relevante care nu sunt protejate de confidențialitate, respectiv contestația (versiune ne-anonimizată) și anexele acesteia.;

- să ia act de solicitarea privind respectarea caracterului confidențial al ofertei _____ și să nu permită accesul contestatoarei la propunerea tehnică, propunerea financiară, clarificările și răspunsurile la clarificări, inclusiv documentele suport, precum și orice alte documente depuse de intervenient în cadrul ofertei sau prin care a fost analizată oferta

I. Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, învederează art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și dispozițiile art 61 din C. pr. Civ.

II. Cu privire la cronologia datelor relevante, intervenientul prezintă istoricul desfășurării procedurii de atribuire, precum și criticile invocate de către contestatoare.

III. Cu privire la argumentația în drept, intervenientul menționează următoarele:

III Argumentația în drept

A. Nu se impune reevaluarea ofertei Nu a fost formulată nicio critică care ar putea fundamenta o posibilă reevaluare a ofertei subscrisei
Intervenientul menționează că a fost solicitată reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, însă au fost formulate critici față de raportul procedurii care vizează strict respingerea ofertei

Prin urmare, intervenientul solicită Consiliului să respingă solicitarea de a reevalua oferta sale deoarece singura ofertă ce ar putea fi reevaluată ar fi doar cea depusă de către contestatoare.

B. Oferta a fost evaluată în mod diligent și corect de către autoritatea contractantă. Menținerea respingerii ofertei se impune urmare a nerespectării cerințelor documentației de atribuire

În urma analizei ofertei în raport de cerințele impuse prin documentația de atribuire, Metrorex a constatat că este neconformă, nefiind respectată cerințe privind sarcina maximă pe osie, și, oricum, inacceptabilă dat fiind că răspunsul ofertantului înregistrat cu nr. M.09.01.01/31/09.01.2020 este neconcludent. Oferta

a fost evaluată în mod corect, fiind, astfel, necesară menținerea măsurii de respingere a acestei oferte din procedura de atribuire având în vedere că:

(a) la momentul evaluării ofertei Metrorex a luat în considerare toate informațiile și documentele depuse în cadrul ofertei, precum și răspunsurile la solicitările de clarificare. Astfel, Metrorex a avut posibilitatea de a verifica fiecare dintre informațiile documentele depuse de către precum și greutatea declarată pentru echipamentele necesar a fi incluse în cadrul produsului ofertat. Oricum, Metrorex a solicitat ofertanților clarificări repetate anterior dispunerii măsurii de respingere și, prin urmare, i-a fost oferită contestatoarei posibilitatea de a-și demonstra îndeplinirea cerințelor impuse de lege, dacă ar fi răspuns concludent, au eșuat în a demonstra pretinsa admisibilitate a propunerii tehnice tocmai pentru că au depus o ofertă care nu respectă cerințele documentației de atribuire în ceea ce privește sarcina maximă pe osie;

(b) neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificare este de necontestat.

În răspuns la clarificările solicitate, au procedat la indicarea unei metodologii de calcul diferite de modul în care a fost elaborată și depusă propunerea tehnică. Din Raportul procedurii de atribuire rezultă nu au răspuns în mod concludent la o solicitare de clarificare adresată de către Metrorex tocmai urmare a faptului că au depus o metodologie de calcul ce este infirmată de modul în care oferta a fost elaborată și, în concret, depusă. Cu alte cuvinte, deși Metrorex a solicitat clarificarea unor ambiguități din cadrul ofertei contestatoarele nu au reușit să răspundă în mod concludent, astfel încât să justifice sarcina maximă pe osie indicată în cadrul propunerii tehnice;

(c) sarcina maximă pe osia vagonului Mp a trenului propus de este de 14.01 tone, fiind, astfel, încălcate cerințele Caietului de sarcini care prevăd o sarcină maximă de 14 tone/osie.

consideră, în mod nejustificat, că nu ar exista o corespondență între o cerință a documentației de atribuire nerespectată și o prevedere din oferta tehnică. Or, urmare a analizei tuturor componentelor produsului oferit, Metrorex a constatat că a fost depășită valoarea maximă pe osie, nerespectarea cerințelor documentației de atribuire regăsindu-se în mod expres în cadrul Raportului procedurii de atribuire. Oricum, nu este necesară indicarea în concret în cadrul propunerii tehnice a valorii peste limita admisă a sarcinii pe osie atât timp cât din adunarea tuturor greutateților componentelor produsului rezultă o valoare superioară celei impuse prin documentația de atribuire. Prin depășirea valorii maxime admise pe osie, în baza calculului efectuat de către Metrorex, oferta devine neconformă urmare a faptului că nu respectă cerințele impuse prin documentația de atribuire;

(d) propunerea tehnică a trebuia să respecte sarcina maximă pe osie indiferent de aproximarea zecimalelor rezultate pentru numărul de pasageri;

(e) calculul autorității contractante prin care a rezultat o sarcină maximă pe osie de 14.01 tone este corect. Relevante în acest sens sunt următoarele aspecte:

- prin documentația de atribuire- s-a stabilit în mod expres că sarcina pe osie urmează a fi calculată în raport de cazul de încărcare EL 8. Prin urmare, Metrorex trebuie să procedeze la verificarea sarcinii maxime pe osie prin raportare strict la această cerință impusă de caietul de sarcini, respectiv starea de încărcare excepțională, 8 călători pe m² de suprafață liberă, cu toate scaunele ocupate; nu s-a prevăzut posibilitatea de a se modifica cazul de încărcare EL 8 cu EL 6; și oricum, ar fi imposibilă și nelegală modificarea cazului de încărcare față de care se raportează sarcina maximă pe osie atât timp cât toate ofertele trebuie evaluate în raport de aceleași cerințe. Practic, nu se pot eluda cerințele obligatorii ale Caietului de sarcini pentru ca oferta să se încadreze în limita maximă a sarcinii pe osie;

- au avut obligația de a verifica și ajusta propunerea tehnică astfel încât, la momentul depunerii ofertei, să respecte cerințele impuse prin documentația de atribuire, iar culpa acestora nu îi poate fi imputată autorității;

- suprafața de 41.226 de m² pe baza căreia se raportează numărul de persoane a fost indicată de către prin oferta depusă și, în consecință, acestea au cunoscut modalitatea de calcul. La momentul ofertării, contestatoarea avea obligația de a respecta și verifica îndeplinirea cerințelor impuse de documentația de atribuire fără a se baza pe faptul că urmare a împărțirii rezultă o cifră abstractă (299,808 de pasageri) și nu vor fi luați în considerare pasagerii în mod integral. Documentația de atribuire prevede sarcină maximă de 20 de tone, ofertanții având, practic, posibilitatea de a indica o valoare sub această

impune și respingerea acestor critici având în vedere că nu prezintă nicio relevanță pentru corecta și completa înțelegere a motivelor pentru oferta a fost respinsă. Astfel:

a) prețul oferit de _____ nu este relevant pentru soluționarea prezentei contestații pentru că: (i) oferta _____ nu respectă cerințele documentației de atribuire, fiind, prin urmare respinsă; (ii) propunerea financiară a _____ nu a fost evaluată de către autoritatea contractantă; (iii) criteriul de atribuire, potrivit fișei de date a achiziției publice este cel mai bun raport calitate - preț; (iv) diferența dintre prețurile oferite nu poate conduce și/sau influența evaluarea propunerii tehnice a contestatoarelor; oricum, (v) dat fiind că oferta _____ este neconformă și prețul acesteia este mai scăzut pentru că nu a inclus toate cerințele impuse de documentația de atribuire, de altfel, necesare Entității contractante pentru buna funcționare a trenului. Prin urmare, Metrorex nu a comis niciun abuz, ci a evaluat toate ofertele depuse în procedura de atribuire în mod conform și diligent;

b) obiectul pentru care au fost stabilite stările de încărcare ale trenurilor E1 6 și/sau E1 10 nu prezintă relevanță în soluționarea prezentei contestații atât timp cât pentru evaluarea sarcinii maxime pe osie a fost în mod clar stabilită condiția de a fi luată în considerare doar starea de încărcare E1 8.

În drept, intervenientul își întemeiază cererea pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și urm. din C. pr. civ., precum și pe toate dispozițiile legale la care a făcut referire în cuprinsul cererii.

În probațiune, intervenientul depune înscrisuri.

Prin adresa fără număr de înregistrare din data de 01.07.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26287/02.07.2020, _____ a transmis concluzii scrise urmare a studiului dosarului achiziției publice precum și în replică față de concluziile scrise depuse de către _____ solicitând Consiliului admiterea cererilor de intervenție, astfel cum au fost formulate și respingerea contestațiilor promovate de către _____ ca neîntemeiate.

Referitor la contestația depusă de _____

intervenienta menționează următoarele:

B. Metrorex a dispus în mod corect măsura respingerii ofertei _____

Oferta contestatoarelor nu respectă cerințele impuse prin documentația de atribuire

B.1 Premisa disputei

- _____ nu a răspuns concludent solicitării de clarificare privind numărul călătorilor și, implicit, privind respectarea cerințelor referitoare la sarcina pe osle;

- _____ este neconformă deoarece nu este respectată cerința privind sarcina maximă pe osle. În vederea respectării cerințelor impuse prin documentația de atribuire, _____ : au încercat micșorarea numărului total de călători;

B.2 Neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificare CRRC și Astra Vagoane. Autoritatea contractantă a procedat în mod corect la respingerea ofertei

Constatând o neconcordanță între (i) valoarea indicată în cadrul ofertei privind sarcina pe osle; și (ii) valoarea sarcinii pe osie rezultată urmare a calculului suprafață luată în calcul pentru călătorii în picioare * 8 persoane/ m², Metrorex a solicitat clarificarea calculelor întreprinse în oferta

În răspuns, contestatoarele au stabilit, în mod discreționar și fără o fundamentare temeinică, că este necesară rotunjirea în jos a numărului de persoane (329,808 la 329).

Metrorex a considerat, în mod corect, neconcludent răspunsul oferit de către

au procedat la modificarea propriului raționament statuat prin ofertă deoarece rotunjirea numărului de persoane conduce la depășirea limitelor sarcinii maxime pe osie (14 tone) impuse prin documentația de atribuire. Prin urmare, strategia de calcul a numărului de persoane nu poate fi modificată în funcție de modul în care îi este sau nu favorabil unui ofertant, ci aceasta trebuie să se mențină în cadrul ofertei prin raportare la toate aspectele indicate cu luarea în considerare a cerințelor impuse prin documentația de ofertă.

Autoritatea contractantă a confirmat că la nivelul documentației de atribuire nu se regăsește indicarea metodei de calcul în situația existenței unui număr procentual al călătorilor deoarece considera, în mod automat, aplicabilă regula aritmetică (rotunjirea la cel mai apropiat număr).

Răspunsul a fost în mod corect considerat neconcludent deoarece nu se poate „jongla” cu metodele de calcul expuse prin documentația de ofertă doar pentru a respecta cerințele impuse de caietul de sarcini atât timp cât nici documentația de atribuire și nici o normă / standard nu reglementează această situație.

B.3 Neconformitatea ofertei urmare a nerespectării sarcinii maxime admise pe osie

Oferta a fost evaluată în mod corect, fiind, astfel, necesară menținerea măsurii de respingere a acestei oferte din procedura de atribuire având în vedere că:

- (a) necesitatea respectării sarcinii maxime pe osie (14 tone) a fost inclusă în caietul de sarcini urmare a determinării unor implicații asupra altor elemente importante ale sistemului feroviar de metrou;

- (b) sarcina maximă pe osia vagonului Mp a trenului propus de este de 14.01 tone, fiind, astfel, încălcate cerințele Caietului de sarcini care prevăd o sarcină maximă de 14 tone/osie. Urmare a analizei tuturor componentelor produsului oferit, Metrorex a constatat că a fost depășită valoarea maximă pe osie, nerespectarea cerințelor documentației de atribuire regăsindu-se în mod expres în cadrul Raportului procedurii de atribuire;

- (c) propunerea tehnică a trebuia să respecte sarcina maximă pe osie indiferent de aproximarea zecimalelor rezultate pentru numărul de pasageri;

- (d) suprafața de 41.226 de m² pe baza căreia se raportează numărul de persoane a fost indicată de către [redacted] prin oferta depusă și, în consecință, acestea au cunoscut modalitatea de calcul;

- (e) [redacted] aveau obligația de a verifica și ajusta propunerea tehnică astrei încar, la momentul depunerii ofertelor, să respecte cerințele impuse prin documentația de atribuire, iar culpa acestora nu îi poate fi imputată entității;

- (f) dacă aproximarea nu ar fi operat prin adaos, oferta [redacted] s-ar fi bucurat de un avantaj evident ceea ce ar fi condus la încălcarea dispozițiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016/20;

- (g) nu se justifică, oricum, luarea în considerare doar a numărului de pasageri în parte întreagă.

Raportat la depășirea sarcinii maxime pe osie, [redacted] a fost, în mod corect, considerată neconformă și, în consecință, respinsă din procedura de atribuire.

Prin adresa fără număr de înregistrare și nedatată, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26294/02.07.2020, [redacted] și transmis concluzii scrise, solicitând Consiliului anularea raportului procedurii nr. M/09.01.01/931/29.05.2020 prin care oferta depusă de [redacted]

[redacted] fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, a adreselor 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.

[redacted] menționează că temeiul contestației sale se limitează la un dublu examen legal:

- Entitatea contractantă a luat decizia de descalificare a ofertei [redacted] în temeiul unui calcul care a uzitat o regulă tehnică inexistentă.

- Entitatea contractantă a luat decizia de descalificare a ofertei [redacted] în temeiul unui calcul care a uzitat o regulă tehnică ce nu era prevăzută în caietul de sarcini.

Cum acest examen legal este evident îndeplinit, decizia de respingere a ofertei [redacted] nu poate fi menținută.

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, autoritatea contractantă a arătat că, potrivit calculelor sale, valoarea ar fi de 14,007 tone. 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 , rezultând o sarcină maximă pe osie de 14,01 tone.

Nici în cadrul punctului de vedere din fața CNSC, Metrorex nu poate indica vreo prevedere din caietul de sarcini care să îi permită rotunjirea în sus a valorii numărului de călători.

Entitatea contractantă repetă în mai multe rânduri că ar fi preluat această regulă de la . Susținerea neverosimilă, o entitate contractantă pretinde că documentația de atribuire s-ar modifica/ajusta în funcție de conținutul unei oferte.

Această regulă de drept este statuată atât de art 1.269 alin. (1) Cod civil cât și recunoscută de jurisprudența Consiliului

În realitate, citând un calcul al pentru starea EL4, Metrorex omite să spună că în respectivul caz particular asocierea a arătat că dovedește respectarea greutății inclusiv prin asumarea suplimentară a unei marje.

nu era obligată să mențină vreo marjă suplimentară și pentru starea EL8, ci doar să dovedească că respectă cerința caietului de sarcini privind greutatea pe osle.

Astfel, calculul numărului de pasageri aferent unei suprafețe de 41,226 de m² returnează o cifră abstractă de 299,808 pasageri.

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).

Acest lucru este impus de regulile rațiunii. 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.

Așadar, câtă vreme:

- pe de o parte, suprafața modelului de tren propus nu este suficientă pentru a transporta 300 de pasageri,
- 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.

Contestatoarea menționează că 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.

A admite teza autorității contractante ar semnifica că prin alocarea unui număr de 300 de pasageri aferent unei suprafețe de 41,226 m² nu se respectă dispozițiile referitoare la standardul de 8 pasageri pe m². Răspunsul Metrorex față de acest argument este elocvent pentru superficialitatea evaluării sale: consultantul entității arată că "standardul EN 15663 nu impune nicicum valoarea de 500 kg/m² ca fiind imposibil de

depășit pentru încărcarea excepțională, admitându-se ca se poate ajunge chiar și la încărcări de 10 călători/m²".

Or, este irelevant că încărcările de 10 călători/m² pot fi posibile, câtă vreme în calculul său care a condus-o la concluzia pretinsei depășiri a greutateii pe osie, anume starea EL 8 - Metrorex a folosit condiția unei încărcări de 8 călători/m². De aici rezultă caracterul absurd al rotunjirii operate de autoritate - dacă această rotunjire ar fi operată, respectarea standardului folosit în calcul - 8 pasageri pe metru pătrat - nu e posibilă.

Contestatoarea menționează că se impune a se arăta că viciul (inexistent) invocat de Metrorex este, chiar și în teorie unul abuziv. Entitatea contractantă a atribuit contractul unei companii -

cu o ofertă cu aproximativ 20 milioane de Euro mai scumpă invocând o pretinsă depășire (inexistentă) a sarcinii pe osie cu 0,007 tone. Or, criteriul identificat de entitatea contractantă drept EL 8 este de fapt rezultatul unui calcul teoretic al unei încărcături pe care trenul nu o are în realitate. Potrivit definițiilor date în cuprinsul documentației de atribuire nivelul maxim al încărcării trenului este de 6 pasageri pe m² (EL 6). 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.

Așadar, puterea trenului și unul din elementele determinante ale structurii trenului anume - boghiul sunt determinate în funcție de încărcarea maximală a trenului.

Parametrii de 8 pasageri pe m², respectiv de 10 pasageri pe m² 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. De altfel, pentru proiectarea instalației de frână (relevantă pentru starea EL8), asocierea și-a asumat oricum marje suplimentare chiar față de cerințele caletului de sarcini.

Dincolo de a fi nelegală, o descalificare întemeiată pe o asemenea tematică este elocventă pentru a indica abuzul de drept comis de Metrorex.

Prin adresa nr. M.09.01.01/1216/03.07.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26640/03.07.2020, autoritatea contractantă a transmis concluzii scrise față de concluziile scrise depuse în data de 01.07.2020 de

în completarea suținerilor exprimate prin punctul de vedere nr. M.09.01.01/1066/15.06.2020, față de aspectele punctuale de critică evidențiate la nivelul concluziilor scrise.

Prin solicitarea de clarificări (adresa nr.M.09.01.01/2373/30.12.2019), s-a solicitat ofertantului clarificarea situației constatate privind valoarea parametrului sarcina pe osie rezultată din calculul efectuat de entitatea contractantă, prin textul solicitării fiind evidențiate variantele de calcul, atât varianta cu aplicarea regulii aritmetice uzuale pentru rotunjirea numerelor zecimale cât și fără aplicarea rotunjirii: "Pe

baza informației cuprinse în răspunsul de clarificare anterior privind suprafața luată în calcul pentru călătorii în picioare, de 41,226 m² pentru vagoanele MP și respectiv M, rezulta sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP (cel mai greu vagon din compunerea trenului), astfel:

- Tara vagonului MP: 30,142 tone (conform răspunsului de clarificare nr. 5 din data de 5.12.2019)

dm

SR EN ISO 9001:2015 Certificat Seria SMC, nr 306

- Numărul călătorilor în picioare în starea de încărcare EL 8 = 41,226 m² (conform răspunsului de clarificare din 18.12.2019) * 8 = 329,808 = 330 călători (rotunjit conform practicilor uzuale)

- Numărul total al călătorilor în vagonul MP în starea de încărcare EL 8 = 330 călători în picioare + 40 călători pe scaune = 370 călători

- Masa călătorilor în starea de încărcare EL 8 = 370 * 70 kg = 25,900 tone

- Masa totală a unui vagon MP = 30,142 + 25,900 = 56,042 tone

- Sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP = 56,042 tone / 4 osii = 14,01 tone.

- Reluând calculele cu utilizarea numărului de călători rezultat, respectiv 329,808 călători (fără aplicarea rotunjirii la 330 de călători), masa totală a vagonului MP în starea de încărcare EL 8 ar fi de 56,028 tone de unde rezulta sarcina maximă pe osie de 14,007 tone.

Din calculul efectuat pe baza informației privind suprafața luată în calcul pentru călătorii în picioare, de 41,226 m² pentru vagoanele MP, informație furnizată de dvs. prin răspunsul de clarificare anterior (atât cu numărul de călători rotunjit conform practicilor uzuale cât și cu numărul de călători exact rezultat) rezulta ca sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP propuse este diferită de valoarea declarată în cadrul ofertei."

Autoritatea contractantă menționează că ofertantul susține la nivelul răspunsului postat o abordare diferită de regula aritmetică uzuală practică consecvent chiar în cadrul ofertei invocând în susținerea abordării practica uzuală în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare, fără a identifica (numi) concret la ce face referire.

Pe de altă parte, afirmația formulată în concluzii potrivit căreia METROREX admite abia prin punctul de vedere faptul că nu există o normă sau standard de specialitate care să reglementeze aspectul privind tratarea numărului de călători rezultat ca număr zecimal, este infirmată de textul comunicării transmise către asocieri privind rezultatul procedurii nr. M.09.01.01/934/29.05.2020, unde la punctul ii. s-au precizat următoarele: "Modul de calcul al numărului de pasageri nu este reglementat de nicio normă sau standard, dar practica uzuală este ca în cazul în care rezultatul calculului capacității de transport nu este întreg, să se aplice rotunjirea acestuia la numărul întreg cel mai apropiat, adică pentru un rezultat cu partea fracționară până la 0,5 se aplică rotunjirea prin scădere la numărul întreg imediat inferior, iar pentru partea

fracționară între 0,5 și 0,999 se aplică rotunjirea la numărul întreg imediat superior. "

Criticile formulate de contestatoare continuă cu promovarea de afirmații nesustținute și informații de natură speculativă și trunchiate, astfel încât să creeze aparența unei situații favorabile privind propria ofertă, respectiv în scopul evitării sancțiunii pentru nerespectarea unei cerințe minime.

Astfel, decizia adoptată în procesul de evaluare nu a utilizat o regulă tehnică neprecizată în caietul de sarcini și a cărei existență nu poate fi probată, de fapt fiind vorba despre o regulă aritmetică uzuală pentru rotunjirea numerelor zecimale, respectiv rotunjirea acestuia la numărul întreg cel mai apropiat, adică pentru un rezultat cu partea fracționară până la 0,5 se aplică rotunjirea prin scădere la numărul întreg imediat inferior, iar pentru partea fracționară între 0,5 și 0,999 se aplică rotunjirea la numărul întreg imediat superior.

Așadar, autoritatea contractantă nu a efectuat o rotunjire în plus, aceasta fiind situația în care, indiferent de valoarea părții fracționare, rotunjirea se face la numărul întreg imediat superior.

Atât în comunicarea privind rezultatul procedurii nr. M.09.01.01/934 /29.05.2020 transmisă către Asocierie, cât și prin punctul de vedere nr. M.09.01.01/1066/15.06.2020, METROREX a subliniat inconsecvența susținerilor asocierii. Tot în categoria de denaturare a sensului și înțelesului afirmațiilor autorității contractante se încadrează și speculațiile contestatoarei privind procesul de evaluare unde invocă în mod neîntemeiat pretense modificări/ajustări ale documentației de atribuire în funcție de conținutul unei oferte, speculații lipsite de susținere.

Astfel, autoritatea contractantă menționează că aceasta nu se referă la situațiile în care se practică schimbarea abordării funcție de rezultatul urmărit, respectiv abordări diferite în situații similare, funcție de interesul ofertantului.

Autoritatea contractantă consideră că ansamblul criticilor pe care contestatoarea înțelege să le formuleze și prin concluziile scrise se circumscrie unei abordări subiective, aceasta înțelegând să invoce pe rând motive nesustținute precum regulile rațiunii, aplicarea acestor reguli fiind susținută de asocierie numai pentru această situație deoarece în situațiile similare de calcul din ofertă, ofertantul însuși a aplicat întocmai regula aritmetică uzuală, regulă pe care și subscrisa am utilizat-o în evaluare obținând o valoare a sarcinii pe osie mai mare decât valoarea maximă impusă.

Astfel, numai pentru această situație asocieria susține aplicarea unei rotunjiri în minus, aceasta fiind singura soluție pentru ca oferta depusă de asocierie să se respecte cerințele minime, deoarece aplicarea aceleiași reguli pentru starea de încărcare EL 4 ar conduce la un număr de călători inferior capacității nominale minime impuse prin caietul de sarcini de 1200 de călători, astfel cum se poate vedea în raportul experților coopțați pe baza cărui relevante sunt următoarele elemente:

În propunerea tehnică - Secțiunea III-1 -V - Cap. 3.6 - Greutate și capacitate pasageri - Tabelul 1 - 3,

precizează faptul că vagoanele MP și respectiv M oferite au o capacitate de:

- 205 persoane total în starea de încărcare EL 4, din care scăzând pasagerii pe scaune (40 de locuri) rezultă 165 de călători în picioare; practic făcând calculul pe baza suprafeței indicate de ofertant rezultă $41,226 \text{ m}^2 * 4 \text{ căl./m}^2 = 164,904$ călători, număr care este rotunjit de ofertant la 165 călători, deci la valoarea întregă imediat superioară numărului fracționar.

Prin aplicarea metodei de rotunjire în jos pe care

o susține pentru cazul de încărcare EL8, ar rezulta că numărul de pasageri în starea de încărcare EL 4 pentru vagoanele MP și vagoanele M (în total 4 vagoane din compunerea trenului) ar fi fost de:

- 204 persoane total în starea de încărcare EL 4, proveniți 164 de călători în picioare rezultați din calculul $41,226 \text{ m}^2 * 4 \text{ căl./m}^2 = 164,904$ călători rotunjit în jos la 164 călători la care se adaugă pasagerii pe scaune - 40 de locuri.

În aceste condiții, capacitatea nominală a trenului oferit ar fi fost de:

- 2 vagoane R x 190 călători + 4 vag. Mp și M x 204 călători = 1196 călători, ceea ce ar fi inferior capacității nominale minime admise prin caietul de sarcini de 1200 de călători.

În aceste condiții, oferta ar fi fost respinsă deoarece nu ar fi asigurat capacitatea nominală minimă impusă de 1200 de călători per tren.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestatia depusa de care

METROREX SA a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Trenuri noi de metrou destinate pentru Magistrala 5 de metrou, tronsonul Drumul Taberei - Iancului”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. CN 1010027 din 22.03.2019. Valoarea estimată a contractului de furnizare este de 1.200.352.027,50 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Rezultatul procedurii de atribuire a fost stabilit de autoritatea contractantă prin raportul procedurii nr. M.09.01.01/931 din 29.05.2020 conform caruia oferta depusa de

a fost respinsă ca neconforma, în baza 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 osia vagonului Mp a trenului propus este de 14,076 tone, depășind valoarea maximă admisă pentru sarcina pe osie prevăzută în caietul de sarcini), și ca inacceptabilă, în baza art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 (deoarece ofertantul modifică, prin răspunsul de clarificare înregistrat cu nr. M.09.01.01/2197 din 06.12.2019, conținutul propunerii tehnice, respectiv modifică masele

unor subansambluri și componente ale trenului, urmărind respectarea cerințelor obligatorii privind sarcina maximă pe osie și menținerea masei totale a trenului la valoarea ofertată inițial). Tot prin raportul procedurii, a fost stabilită castigatoare oferta depusă de

impotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale și de stabilire a celei castigatoare,

a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cașunele în valoare de 880.000 lei, cu recipisa de consemnare nr. 206312503/1 din 09.06.2020, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria), solicitând:

1. în principal: anularea, în parte, a raportului procedurii, 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 contestatoarei;

1.2. rândului din tabelul inclus de Metrorex la pagina 8/11 în secțiunea 3.2.4 intitulată „Rezultatul evaluării ofertelor” referitor la oferta contestatoarei;

1.3. secțiunii 3.2.5 intitulată „Aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților”, punctajului obținut și a locului 1 ocupat de ofertantul , după evaluarea propunerii sale financiare având în vedere că, după declararea ca fiind acceptabilă și conformă a propunerii tehnice a contestatoarei, reținând că aceasta a oferit un preț mai mic decât cel oferit de , în virtutea criteriului prețului/de atribuire, contestatoarea este îndreptățită a fi declarată câștigătoare a acestei proceduri de achiziție;

2. în principal: obligarea 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 contestatoarei, 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 contestatoarei este:

2.1.1 acceptabilă raportat la prevederile art. 140 alin. 5, alin. 7 și alin. 8 interpretat per a contrario din HG nr. 394/2016;

2.1.2. conformă, raportat la prevederile art. 143 alin. 3 lit. a) din HG nr. 394/2016.

2.2. obligarea Metrorex la:

2.2.1. evaluarea ofertei contestatoarei, pentru a o declara admisibilă și pentru a stabili punctele propunerii sale tehnice și financiare, conform criteriilor din caietul de sarcini;

2.2.2. reevaluarea ofertei , 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 contestatoarei se clasează pe primul loc, în virtutea criteriilor din caietul de sarcini.

3. în subsidiarul capetelor 1 și 2, anularea întregii proceduri de achiziție publică în temeiul art. 26 alin. 7 din Legea nr. 101/2016.

4. obligarea Metrorex și a oricărei alte părți adverse în culpă, indiferent de calitatea sa procesuală, la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu judecarea prezentei cauze, atât în faza soluționării contestațiilor la CNSC, cât și în faza soluționării eventualelor plângeri la Curtea de Apel București.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, în aceasta cauză, a formulat cerere de intervenție pe care Consiliul o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Pe fondul cauzei, având a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei depusa de Consiliul reține că un prim motiv stabilit de autoritatea contractanta a fost reprezentat de modificarea, pe calea răspunsului la clarificari, a conținutului propunerii tehnice, respectiv modificarea maselor unor subansambluri și componente ale trenului, urmărind respectarea cerințelor obligatorii privind sarcina maximă pe osie și menținerea masei totale a trenului la valoarea ofertată inițial. În examinarea lui, Consiliul observa că, prin adresa nr. M.09.01.01/1745 din 18.10.2019, autoritatea contractanta a cerut cu privire la „Partea - 2 - 1. Cerințe Tehnice Minimale, Partea - 6 - Anexa 13 și Partea - 6 - Anexa 12” din propunerea sa tehnica, următoarea solicitare de clarificare (întrebarea 8):

„Conform Tabelului cerințelor tehnice minimale, masa trenului de 6 vagoane este de 174,8 tone. Conform pct. 1.4 din Anexa 13, masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare este de 520 kg +/- 15%, iar conform pct. 1 este indicat faptul ca «fiecare vehicul va fi prevăzut cu doua unități de ventilație forțată cu refrigerare pentru compartimentul pasagerilor, amplasate pe fiecare parte a unității vagon.» Conform Anexei 12 rezulta ca masa unei unități de aer condiționat este de 575 kg, însă nu este luată în calcul decât o singură instalație pe vagon.

Față de acestea, vă rugăm să clarificați neconcordanțele constatate în secțiunile indicate ale propunerii tehnice cu privire la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare.”

Ofertanta a răspuns în data de 01.11.2019, astfel:

confirmă că vehiculul care face obiectul ofertei dispune de 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare în fiecare vagon și că toate simulările și calculele declarate în ofertă au fost realizate luând în considerare 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare în fiecare vagon.

Tabelul de greutate inclus în secțiunea 4 din Anexa 12 a ofertei indică 1 singură unitate de ventilație forțată cu refrigerare. Confirmăm că fiecare vagon dispune de 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare.

dispune de informații de greutate reale din Proiectul BM3 cu trenuri operative pe linia 2. Estimarea greutăților realizată pentru această ofertă se bazează pe aceste informații și în plus, s-a luat în calcul o marjă de securitate. confirmă respectarea greutății totale de 174,8 tone declarat în Anexa 12 și în documentul Cerințe Tehnice Minimale cu 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare în fiecare vagon.

confirmă că unitatea de ventilație forțată cu refrigerare are 520 kg +/-15%."

Autoritatea contractanta a revenit și, prin adresa nr. M.09.01.01/2108 din 26.11.2019, cu privire la „Partea-2-1. Cerințe Tehnice Minimale, Partea - 6 - Anexa 13, Partea - 6 - Anexa 12” din propunerea sa tehnica, a cerut

noi clarificari:

„Referitor la răspunsul de clarificare (întrebarea nr. 8), în raport de precizarea că vehiculul dispune de 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare, a câte 520kg +/- 15%, se solicită ofertantului acceptul privind corectarea viciilor de formă constatate în cadrul propunerii tehnice (în Anexa 12, subcapitolul 4 - Greutatea vagonului, este prevăzută o singură unitate de ventilație forțată cu refrigerare având 575 kg), pe baza informației corecte, indicate prin răspunsul de clarificare, astfel:

Conform Anexei 12 greutatea fără marja a vagoanelor (carcasa), cu o singura unitate de ventilație forțată cu refrigerare de 575kg este următoarea: Vagon - R 18363 kg, Vagon - Mp 17242 kg și Vagon - M 16891 kg.

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 că greutatea fără marja a vagoanelor (carcasa) va fi următoarea: Vagon - R 18828 kg, Vagon - Mp 17707 kg și Vagon - M 17356 kg.

5. Capacitatea în număr de pasageri

	R	Mp-M	TOTAL R1+Mp1+M1+M2+Mp2+R2
Pe scaun	33	39	222
În picioare (4p/m ²)	157	166	978
TOTAL	190	205	1200

6. Greutatea boghiului

	Vagon-R	Vagon - Mp	Vagon - M
Boghiu motor	-	12.628	12.628
Boghiu remorcă de capăt	4.863	-	-

Boghiu remorcă	4.773	-	-
-------------------	-------	---	---

Având în vedere valorile corectate pentru greutateți fără marja, ca și tabelele prezentate în Anexa 12 la subcapitolul 5 Capacitatea în număr de pasageri, subcapitolul 6 - Greutatea boghiului, rezulta următoarele greutateți ale vagoanelor:

7. Greutatea vagonului cu 2 unități de ventilație forțată cu refrigerare de 520 kg

Rezumat al calculului greutăților	R	Mp	M	TOTAL 6 VAGOANE	
EL 0: TARĂ	28.464	30.335	29.984	177.566	kg
EL 4: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE+ÎN PICIOARE (4 PASAGERI/M2)	41764	44685	44334	261.566	kg
EL 6: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE+ÎN PICIOARE (6 PASAGERI/M2)	47224	50495	50144	295.726	kg
EL 8: NORMAL: PASAGERI PE SCAUNE+ÎN PICIOARE (8 PASAGERI/M2)	52754	56305	55954	330.026	kg

Vă rugăm să verificați și să confirmați acceptul privind efectuarea corecțiilor (prin implementarea informației corecte precizate în răspunsul de clarificare anterior), astfel cum au fost acestea mai sus prezentate."

a răspuns în data de

05.12.2019, astfel:

"Sistemul de calcul efectuat și greutatețile totale calculate de Metrorex nu sunt corecte.

După cum este indicat în răspunsul nr. 8 al primului lot de întrebări tehnice, confirmă că greutatea totală în tara (EL 0) 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.

După cum ați solicitat, atașăm estimarea greutateților ofertei, în același format care a fost prezentat anterior, reflectând soluția oferită în august."

Analizând oferta și răspunsurile acesteia la clarificările pe care i le-a cerut, autoritatea a

observat că, în cadrul răspunsului de clarificare ultim, societatea a prezentat documentul Anexa 12 revizuit, conținând, pe lângă corectarea viciului de formă (ceruta a fi acceptata prin adresa autoritatii nr. M.09.01.01/2108 din 26.11.2019), și modificări evidente (micșorări) ale maselor unor subansambluri și componente față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială, cum ar fi: structura caroseriei, echipamentul usilor exterioare pentru pasageri și cabina, culoarul de intercomunicatie, izolații, acoperire podea, acoperire sala, sistemul de ventilatie și aer conditionat, elemente de montaj sub sasiu, cablaje, cutii și dulapuri, cabluri electrice. Autoritatea contractantș a concluzionat ca, corectarea masei prevăzută inițial în calcul (informațiile cuprinse în oferta inițială, Anexa 12, subcapitolul 4 - Greutatea vagonului) pe baza informației comunicate de ofertant prin răspunsul de clarificare înregistrat la METROREX cu nr. M.09.01.01/2197 din 06.12.2019, respectiv de la 1 unitate x 575 kg la 2 unități x 520 kg = 1040 kg, ar fi determinat depășirea valorii maxime acceptate pentru sarcina maxlma pe osle de 14 tone impusa prin caietul de sarcini.

Raportat la conținutul actelor citate mai înainte și emise în aplicarea procedurii atât de autoritatea contractanta, cât și de ofertanta contestatoare. Consiliul reține că, observand un viciu de forma în oferta depusă de _____ (inadvertența informatiilor cuprinse în anexa 13 și în anexa 12 referitoare la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare), autoritatea contractantă a cerut societatii atât clarificari (prin adresa nr. M.09.01.01/1745 din 18.10.2019), cât și acceptul în vederea remedierii viciului de forma constatat (adresa nr. M.09.01.01/2108 din 26.11.2019), corectie care ar fi determinat modificarea valorii oferate a sarcinii maxime pe osie.

Prin raspunsul său secund, societatea a prezentat o noua anexa 12, în care, păstrând valoarea ofertată initial a sarcinii maxime pe osie, a operat atât modificarea determinată de corectarea viciului de forma în discuție, cât și modificări (micșorări) ale maselor unor subansambluri și componente față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială, cum e cazul celor indicate de autoritate, amintite mai înainte.

În contestația sa, societatea menționează că „a procedat la recalibrarea valorilor estimate initial”, drept urmare Consiliul reține că aceasta nu neagă modificarea valorilor de greutate ale unor elemente ale propunerii tehnice, altele decât cele vizand viciul de formă constatat de catre comisia de evaluare, operata cu ocazia raspunsului la a doua solicitare de clarificare primita de la autoritatea contractanta, susținând că o astfel de modificare a ofertei este permisă prin lege.

Premergător analizării temeiniciei deciziei autoritatii contractante, Consiliul reține că demersurile întreprinse de către comisia de evaluare în clarificarea aspectelor ce au determinat luarea ei, din cuprinsul ofertei contestatoarei, respectă dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor sectoriale (art. 139 alin. 1, art. 140 alin. 1 din HG nr. 394/2016), dată

fiind obligația membrilor comisiei de evaluare de a efectua o analiză riguroasă a ofertelor primite, pentru a se edifica asupra conformității acestora, precum și asupra capacității ofertantului de a derula contractul supus achiziției la parametrii calitativi și cantitativi impuși și cu respectarea celorlalte reglementari legale incidente.

În privința informațiilor divergente referitoare la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare, regăsite de comisia de evaluare în anexele 12 și 13 din propunerea tehnică a

Consiliul reține incidența dispozițiilor coroborate ale art. 140 alin. (6) lit. a) și art. 141 din HG nr. 394/2016:

- art. 140

„(6) 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:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă.”

- art. 141

„(1) În condițiile art. 221 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”

Astfel, având în vedere că modificarea operată de ofertantă în privința numărului de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și a masei unei unități de ventilație forțată cu refrigerare, s-a realizat pe baza unor repere care se regăseau deja în oferta depusă, Consiliul stabilește ca aceasta reprezintă o veritabilă corectare a unui viciu de forma, așa cum este definit la art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

Însă, consecința corectării acestui viciu de forma ar fi trebuit să fie modificarea valorii oferite a sarcinii maxime pe osie, influențată de numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare.

Contrar acestei concluzii evidente, prin răspunsul său ultim, ofertanta nu a schimbat valoarea oferită inițial a sarcinii maxime pe osie (ca o consecință a legalei îndreptări a viciului de forma amintit), ci pastrând-o, a modificat valorile pentru o serie de alte repere (decât cele afectate de viciul de formă), fără nicio aparentă justificare determinată de vreo eroare, omisiune ori viciu de forma.

Explicatia acestei modificari este implicită, respectiv păstrarea valorii ofertate pentru sarcina maximă pe osle, modificarea ei ca urmare a corectării viciului de formă conducând la depășirea valorii maxime impusă de autoritate prin caietul de sarcini.

În discuție, pornind de la susținerile contestatoarei și de la cele ale autorității contractante, rămâne legalitatea modificărilor operate de altele decât cele determinate de legala corectare a viciului de formă, în propunerea sa tehnică, pe calea clarificării ofertei.

Premisa de la care Consiliul pornește în analiza sa, este reprezentată de caracterul obligatoriu pe care oferta îl are, stabilit de legiuitor prin prevederea de la art. 130 alin. (1) din HG nr. 394/2016 (*"Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant."*). Drept urmare, dezideratul oricărui ofertant este acela de a păstra neschimbat conținutul ofertei, ce devine obligatorie pentru autorul ei, corelativ, autoritatea contractantă urmând să se asigure în consecință. De altfel, legiuitorul sancționează în mod expres modificarea conținutului unei oferte, prin considerarea ei ca inacceptabilă (art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 *"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."*).

O dovada în plus a caracterului obligatoriu al ofertei este și reglementarea expresă a situațiilor în care pot interveni modificări ale ofertei și limitele acestora. În acest sens, relevante sunt următoarele dispoziții ale art. 140 din HG nr. 394/2016:

„(1) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum o zi lucrătoare.

(5) 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.

(6) 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:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau
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.

(7) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(8) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale entității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea 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, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.”

Raportat la prevederea de la art. 140 alin. (6) lit. a) din HG nr. 394/2016, modificarea valorilor greutăților pentru reperele identificate de autoritatea contractantă (structura caroseriei, echipamentul ușilor exterioare pentru pasageri și cabina, culoarul de intercomunicatie, izolatii, acoperire podea, acoperire sala, sistemul de ventilație și aer conditionat, elemente de montaj sub sasiu, cablaje, cutii și dulapuri, cabluri electrice), pe calea clarificării ofertei, nu reprezintă corectarea unui viciu de formă, noile valori pentru acestea nefiind susținute în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant. Nici că această intervenție asupra ofertei are rol de clarificare sau de confirmare, nu se poate susține, deoarece noile valori nu clarifică vreun aspect neclar anterior și nici nu confirmă vreo informație preexistentă din ofertă.

Drept urmare, rămâne în analiză posibilitatea ca această modificare să reprezinte corectia unei abateri tehnice minore.

Raportat la prevederea de la art. 140 alin. (7) din HG nr. 394/2016, Consiliul stabilește că modificarea unei oferte sub pretentia corectării unei abateri tehnice minore trebuie să nu se realizeze într-un mod care să conducă la depunerea unei noi oferte.

Pe de altă parte, ofertanta nu a justificat necesitatea intervenției asupra propunerii sale tehnice în sensul modificării valorilor de greutate pentru alte reperi decât cele ce au făcut obiectul clarificării și legălei corecții, rezultând că această modificare a ofertei este un act de voință exclusivă a ofertantei și nu o necesitate reiesită din greșita elaborare a ofertei, a carei îndreptare s-ar pune în discuție. Nu este nepotrivit a considera că, modificând elemente ale propunerii tehnice, fără ca demersul să fie condiționat de remedierea vreunei abateri tehnice sau a unui viciu de formă, operatorul economic să depună, în fapt, o altă ofertă, adică o altă modalitate de a răspunde nevoii de achiziție a autorității, așa cum reiese ea din documentația de atribuire. În speță, cu noile valori de

greutate ale elementelor componente ale trenului, în fapt, se depune o nouă ofertă, în care este propus spre achiziție un nou tip de tren.

În contestarea măsurii luate cu privire la oferta sa,

sustine ca textul art. 140 alin. (8) din HG nr. 394/2016 trebuie interpretat per a contrario, ceea ce ar însemna că este de primit o modificare a ofertei în toate celelalte situații pe care legiuitorul nu le-a calificat în mod expres ca neputând să fie considerate abateri tehnice minore. O asemenea interpretare ar lipsi de conținut și scop atât prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, cât și pe cele ale art. 130 alin. (1) din HG nr. 394/2016, care stabilesc caracterul obligatoriu al conținutului unei oferte, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant.

Consiliul stabilește ca prevederea art. 140 alin. (8) din HG nr. 394/2016 are ca scop exclusiv a orienta partile procesului de achiziție asupra importanței pe care o pot avea o serie de incidențe în procedură. Dacă legiuitorul ar fi avut în vedere că în orice alte situații decât cele arătate expres la art. 140 alin. (8), este permisă modificarea ofertei, fiind considerată, ab initio, abatere tehnica minoră, nu numai că ar fi reglementat în mod expres o astfel de posibilitate, dar, cu siguranță, nu ar fi stabilit asupra caracterului obligatoriu al ofertei și nici asupra sancțiunii de considerare inacceptabilă a ofertei în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare conținutul propunerii tehnice.

Consiliul nu va reține caracterul fondat al considerentelor contestatoarei referitoare la faptul că, elementele modificate ale ofertei, pe calea clarificarilor, nu au fost prevăzute de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ca având valori maxime, astfel încât operatorilor economici le-a fost permisă propria apreciere asupra oportunității unora sau altora dintre valorile corespunzătoare ofertate, inclusiv modificarea lor pe parcursul derulării procedurii.

Potrivit art. 22 alin. (2) din HG nr. 394/2016, documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Caietul de sarcini, conform art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante.

În aplicarea acestor două ultime texte de lege, autoritatea contractantă are libertatea de a stabili elemente ale achiziției de la care viitorilor ofertanți le este interzis să se abată, cum este cazul în speța analizată a valorii sarcinii maxime pe osie (14 tone), precum și de a lăsa anumite aspecte ale propunerii tehnice la aprecierea profesioniștilor, cu atât mai mult în cazul în care elaborarea unei oferte implică și o parte creativă a acestora, soluția constructivă fiind proprie fiecărui participant,

aşa cum este cazul achizitiei prezente, ce poate presupune proiectarea și construcția de trenuri noi de metrou.

Însa, o astfel de construcție a caietului de sarcini, ce permite o anumită libertate a operatorului economic în întocmirea ofertei, nu aduce nicio modificare obligației acestuia de a-și menține propunerea pe întreaga durată a valabilității ei, așa cum a fost stabilită de autoritate și acceptată prin depunerea ofertei.

Faptul că anumite repere ale caietului de sarcini au fost lăsate, de către autoritate, la aprecierea ofertantului, nu înseamnă că asupra caracteristicilor tehnice din propunerea tehnică depusă se poate interveni liber, pe parcursul evaluării ofertei, fără ca o asemenea conduită să fie motivată de incidența situațiilor de corectare a abaterilor tehnice sau a viciilor de formă, așa cum sunt reglementate prin lege. În această situație, a modificărilor nejustificate, se află micșorarea maselor unor subsansambluri și componente (structura caroseriei, echipamentul usilor exterioare pentru pasageri și cabina, culoarul de intercomunicație, izolații, acoperire podea, acoperire sală, sistemul de ventilație și aer condiționat, elemente de montaj sub șasiu, cablaje, cutii și dulapuri, cabluri electrice) față de cele prevăzute în propunerea tehnică inițială, depusă de

Singura modificare legală pe care societatea o putea opera în propunerea sa tehnică era cea a cărei acceptare i-a fost cerută de autoritate prin adresa nr. M.09.01.01/2108 din 26.11.2019. Orice altă modificare operată în plus, cu rolul de a păstra valoarea ofertată inițial pentru sarcina pe osie și de a nu depăși valoarea maximă acceptată pentru sarcina maximă pe osie (14 tone), reprezintă o modificare nejustificată a ofertei, ce nu poate fi primită în condițiile legii.

Mai mult, acceptarea conduitei ofertantului ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, fiind creat un avantaj evident în favoarea acestuia față de alți participanți la procedură ce înțeleg și acceptă că oferta are caracter obligatoriu și că ea nu poate fi modificată în mod nejustificat, în afara limitelor legale. Or, crearea unui astfel de avantaj îi este expres interzis autorității prin dispoziția de la art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, conform căreia *"Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."*

Adaptarea unei oferte pe parcursul evaluării ei, prin modificarea unora dintre reperele inițial ofertate, cu unicul scop de a păstra o valoare pentru care autoritatea a stabilit un maxim ce nu poate fi depășit, reprezintă o conduită ce nu poate fi primită nici prin prisma textelor de lege citate în această motivare și nici prin cea a respectării principiilor achizițiilor sectoriale.

Permișunea unei intervenții de acest tip în ofertă conduce în derizoriu obligația părților de a-și ajusta conduita la cea legal permisă, de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile cu rigoarea pe care legea o impune, și de a-și asuma propunerea înaintată autorității contractante.

Interpretarea propusă de contestatoarea dispoziției de la art. 140 alin. (8) lit. e) din HG nr. 394/2016, în sensul că reprezintă abatere tehnică minoră situația în care modificarea vizează acea parte din oferta pentru care documentația de atribuire nu a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, astfel încât este posibilă modificarea ulterioară, pe calea clarificărilor, fără altă justificare decât aceea că autoritatea nu a precizat în mod expres, de la inițierea procedurii, ca acele elemente ale ofertei nu pot fi modificate, contravine reglementărilor exprese privind caracterul obligatoriu al ofertei pe durata valabilității ei și regula generală a interdicției modificării conținutului propunerii tehnice.

În motivarea contestației sale, _____ arată că „Astfel, _____ 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 _____ pentru rigoare, în lipsa unei reglementări specifice în această materie).”

Așa cum afirmă și contestațoarea, specificația tehnică de interoperabilitate (STI) adoptată prin Regulamentul Comisiei Europene nr. 1302/2014 privind o specificație tehnică de interoperabilitate referitoare la subsistemul „material rulant – material rulant de călători și locomotive” al sistemului feroviar din Uniunea Europeană, nu este aplicabilă trenurilor de metrou, în anexa acestui regulament, la punctul „1.1. Domeniul tehnic de aplicare” menționându-se că:

„Prezenta specificație tehnică de interoperabilitate (STI) este o specificație care reglementează un anumit subsistem în vederea îndeplinirii cerințelor esențiale și a asigurării interoperabilității sistemului feroviar al Uniunii, astfel cum este descris la articolul 1 din Directiva 2008/57/CE.

Subsistemul în cauză este materialul rulant al sistemului feroviar al Uniunii menționat în secțiunea 2.7 din anexa II la Directiva 2008/57/CE.

Prezenta STI se aplică materialului rulant:

- care este (sau se intenționează să fie) exploatat pe rețeaua feroviară definită în secțiunea 1.2 „Domeniul de aplicare geografic” din prezenta STI;

și

- care aparține unuia dintre următoarele tipuri (definite în secțiunile 1.2 și 2.2 din anexa I la Directiva 2008/57/CE):

- trenuri autopropulsate cu motoare termice sau electrice;*
- unități de tracțiune termice sau electrice;*
- vagoane de călători;*
- echipamente mobile de construcție și întreținere a infrastructurii feroviare.*

Materialul rulant de tipurile menționate la articolul 1 alineatul (3) din Directiva 2008/57/CE este exclus din domeniul de aplicare al prezentei STI:

- metrouri, tramvaie și alte vehicule de cale ferată ușoară; [...]"

Drept urmare, aplicarea dispozițiilor acestei specificații tehnice de interoperabilitate nu este justificată în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă neavând motive tehnice să accepte utilizarea de către ofertantă a unor reglementări tehnice străine de obiectul achiziției, cu atât mai mult cu cât efectul în oferta, aplicarea unei toleranțe a valorilor proiectate și modificarea în consecință a acestor valori pe parcursul evaluării ofertei, contravin caracterului ferm al ofertei și interdicției de modificare a ei, în afara cazurilor expres reglementate.

Cât privește incidenta dispozițiilor Standardul European EN 15663:2017, Consiliul constată că autoarea contestației citează prevederile regasite la punctul „3. Determinare a masei moarte” din standard:

„La începutul unui proiect, masa moarta este o valoare estimata, bazata pe cele mai bune informatii disponibile (calculare și cantariri ale elementelor componente etc). Valoarea este stabilita pe masura ce proiectul avanseaza și sunt puse la dispozitie informatii mai exacte. Masa moarta estimata trebuie sa fie verificata prin cantarirea primelor vehicule la terminarea fabricatiei. Masa moarta trebuie sa fie determinata pe baza mediei aritmetice a maselor cel puțin a primelor 5 vehicule cantarite, din fiecare tip proiectat (sau a seriei în întregime dacă sunt mai puțin de 5 vehicule).”

Rezultă din textul citat al standardului că masa moartă, inițial, are o valoare estimată, bazată pe cele mai bune informații disponibile (calculare și cântăririle ale elementelor componente etc), valoare ce se confirmă pe măsură ce proiectul avansează și sunt puse la dispoziție informații mai exacte, și trebuie să fie verificată prin cântărirea primelor vehicule la terminarea fabricației.

Așadar, potrivit specificației standardului la care face trimitere autoarea contestației, estimarea valorii inițiale a masei moarte este supusă verificării pe măsura avansării proiectului. Această regulă nu vine în sprijinul poziției contestatoarei, câtă vreme modificarea maselor elementelor ofertei, neafectate de viciu de forma, nu s-a realizat pe parcursul derulării proiectului, din considerente tehnice, ci pe durata evaluării ofertei, fiind dificil de înțeles cum noile valori propuse au fost stabilite, având în vedere că, potrivit standardului, estimarea inițială este bazată pe calculare, cântăririle ale elementelor componente etc.

Estimarea la care se face referire în standard reprezintă consecința unor calculare, a unor cântăririle ale elementelor componente, eventualele variații care pot interveni în derularea proiectului și la cântărirea finală neavând nimic în comun cu modificarea valorilor în procesul de evaluare a ofertei depusă în procedura de achiziției, nedeterminată de realizarea proiectului și de măsurile produselor realizate.

Nici din acest punct de vedere nu se justifică intervenția în oferta care a determinat respingerea ei ca inacceptabilă.

Cele stabilite mai înainte vin să înlăture și considerentul contestatoarei potrivit căruia valorile ofertate în privința caracteristicilor tehnice pentru care autoritatea nu a stabilit valori fixe, sunt valori estimate, drept urmare ele pot face obiectul modificărilor ulterioare, fără ca emitentul să poată fi interpelat ori sancționat față de o asemenea conduită.

Față de această orientare a contestatoarei, Consiliul, alături de obligativitatea ofertei pe toată durata ei de valabilitate, alături de interdicția generală de modificare a conținutului propunerii tehnice, cu excepțiile expres reglementate de lege, reține și că, potrivit art. 153 alin. (1) lit. a) și b) din HG nr. 394/2016, caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare, precum și oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare, se constituie în anexe ale contractului sectorial a cărui atribuire este urmărită.

Drept urmare, Consiliul stabilește că, odată prezentate autorității contractante, specificațiile tehnice constituind propunerea tehnică, precum și componentele propunerii financiare, devin ferme în relația dintre autoritate și ofertant, întreaga reglementare a achizițiilor fiind în acest sens. Derogările de la această regulă sunt expres stabilite de lege și trebuie interpretate și aplicate ca atare, respectiv ca situații de excepție.

Estimarea valorii unora dintre specificațiile tehnice ale caietului de sarcini, pretinsă de contestatoare, nu poate fi adusă în discuție în etapa de evaluare a ofertelor, ca pretext pentru modificarea nejustificată a conținutului propunerii tehnice, estimarea fiind proprie activității de elaborare a ofertei, pentru reperele lăsate de autoritatea contractantă la latitudinea profesionistilor, ea pierzându-se la momentul ofertării, când angajamentul pe care operatorul și-l preia față de autoritate prin prezentarea ofertei este unul ferm, de păstrare a ofertei și conținutului ei pe întreaga durată a valabilității, și de satisfacere a nevoii de achiziție descrisă prin documentația de atribuire.

Este de prisos a menționa că obligativitatea ofertei pe durata valabilității ei are incidență atât asupra existenței ei pure și simple, cât și asupra conținutului său, regulile de apreciere a acestuia din urmă făcând obiectul reglementărilor speciale din legea privind achizițiile sectoriale și normele ei de aplicare.

În demersul său de desființare a măsurii de respingere a ofertei sale, contestatoarea susține și ambiguitatea propriei oferte, precum și existența de erori în redactarea ei, expunând pe larg care ar fi trebuit să fie conduita autorității în privința acestora.

Așa cum rezultă din cele expuse mai sus în analiza Consiliului, elementele propunerii tehnice modificate nejustificat nu au fost afectate de nicio eroare și de nicio ambiguitate, aspecte expuse pentru prima dată

În fața Consiliului, nu și autorității contractante, cu ocazia clarificării ofertei, ca pretinse motive ce determină modificările amintite.

Este adevărat că în propunerea tehnică a societății a existat un viciu de formă, pe care autoritatea l-a sesizat, a interpelat societatea în privința acestuia și a fost remediată oferta în consecință (informațiile referitoare la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare). În privința celorlate elemente modificate, nu există nicio motivare a considera că ele au fost afectate de vreo eroare sau că au fost ambiguu expuse în ofertă. Prevederile propunerii tehnice au cuprins valori clare ale acelor elemente, valori care în urma ultimului răspuns de clarificare a ofertei au fost modificate.

Consiliu reține tardivitatea criticilor contestatoarei cu privire la claritatea criteriilor tehnice din documentația de atribuire, în condițiile în care aprecia că aceasta afectează modul de înțelegere a cerințelor autorității și de elaborare a ofertelor, societatea avea posibilitatea solicitării de lamuriri autorității, în perioada anterioară depunerii ofertelor, apelând în acest sens la dispozițiile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 (*"Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului-limită stabilit de entitatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs."*), precum și posibilitatea de contestare a documentației de atribuire, cu respectarea termenului legal în acest sens, prevăzut prin dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării acesteia (22.03.2019).

Tardive sunt și aprecierile contestatoarei față de solicitările de clarificări primite din partea autorității, calificate la acest moment ca fiind tendențios și incorect formulate. În condițiile în care aprecia că modalitatea în care autoritatea înțelege să îi clarifice oferta și să îi transmită solicitări încalcă dispozițiile legale și principiile domeniului achizițiilor sectoriale, autoarea contestației avea posibilitatea de a interveni și de a obține anularea demersurilor autorității, prin contestarea lor în condițiile stipulate prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, raportat la data la care a cunoscut aceste acte ale autorității contractante (luna noiembrie 2019). A invoca neregularități ale solicitărilor de clarificare a ofertei la momentul la care decizia cu referire la aceasta a fost deja luată, este un demers tardiv.

Date fiind cele evocate, Consiliul concluzionează ca, în mod corect și legal, în ceea ce privește aspectul analizat, autoritatea contractantă a stabilit incidența dispozițiilor art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, având consecință declararea inacceptabilă a ofertei

deoarece societatea, prin clarificările aduse ofertei sale, a modificat conținutul propunerii tehnice, respectiv a modificat masele unor subsansambluri și componente ale trenului, urmărind respectarea cerințelor obligatorii privind sarcina maximă pe osie și menținerea masei totale a trenului la valoarea ofertată inițial. Drept urmare, în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, oferta a fost în mod legal respinsă, comisia

de evaluare având obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

Respingerea ofertei a fost decisă de autoritate și pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv sarcina maximă pe osia vagonului Mp a trenului propus este de 14,076 tone, depășind valoarea maximă admisă pentru sarcina pe osie prevăzută în caietul de sarcini, fapt ce a determinat declararea ei neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016.

Consiliul constată că aspectul tehnic ce a determinat respingerea ca neconformă a ofertei este strâns legat de situația analizată referitor la respingerea ca inacceptabilă a aceleiași oferte.

Astfel, în urma răspunsului ultim de clarificare a neconcordanței informațiilor cuprinse în anexa 13 și în anexa 12 referitoare la numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare, autoritatea contractantă a concluzionat că, corectarea masei prevăzută inițial în calcul (informațiile cuprinse în oferta inițială, Anexa 12, subcapitolul 4 - Greutatea vagonului) pe baza informației comunicate de ofertant prin răspunsul de clarificare din data de 06.12.2019, respectiv de la 1 unitate x 575 kg la 2 unități x 520 kg = 1040 kg, ar fi determinat o sarcină maximă pe osie de 14,076 tone, a vagonului Mp în starea de încărcare EL 8 (8 cal./m²), depășind valoarea maximă admisă de 14 tone, prevăzută în caietul de sarcini.

Rezultă, așadar, că nu a prevăzut o sarcină maximă pe osie de 14,076 tone, a vagonului Mp în starea de încărcare EL 8, ci că această valoare ar fi rezultat dacă ofertanta modifica oferta ca urmare a corectării legale a viciului de formă privind numărul de instalații de ventilație forțată cu refrigerare prevăzute pe fiecare vagon și masa unei unități de ventilație forțată cu refrigerare, eveniment care nu s-a petrecut, deoarece prin răspunsul ultim de clarificare aceasta a păstrat valoarea ofertată inițial pentru sarcina maximă pe osie, modificând valorilor altor elemente din oferta, așa cum s-a analizat mai înainte, atrăgând astfel sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Drept urmare, Consiliul găsește de prisos a se pronunța asupra acestui motiv de respingere, situația juridică a ofertei, determinată de respingerea ca inacceptabilă pentru primul motiv stabilit de autoritate neputându-se schimba.

În privința capătului de cerere din contestație vizând „reevaluarea ofertei atât a propunerii sale tehnice, cât și a propunerii sale financiare”, Consiliul constată, pe de o parte, că acesta este motivat de contestațiile prin necesitatea actualizării tabelului/clasamentului ofertelor declarate admisibile și stabilirii faptului că oferta sa se clasează pe primul loc. În virtutea criteriilor din caietul de sarcini, iar pe de altă parte, că

nu aduce nicio critică ofertei câștigătoare și nu expune motive de fapt

și de drept pentru care decizia autorității cu privire la să fie invalidată. Drept urmare, acest capat de cerere devine nefondat.

Consiliul va respinge ca inadmisibile orice alte critici și solicitări ale contestatoarei, ulterioare contestației înaintate, depuse la dosar pe calea concluziilor scrise, date fiind dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *"Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia."* Aceasta este soluția și în privința criticilor privind oferta câștigătoare înaintate Consiliului ulterior contestației, după studierea dosarului constituit pe rolul acestuia, dat fiind faptul că despre denumirea ofertantei declarată câștigătoare, contestatoarea avea cunoștință de la aceeași dată la care a primit decizia de respingere a ofertei proprii, astfel încât orice critică referitoare la aceasta trebuia formulată înăuntrul termenului legal, prin contestația care, potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, trebuie să conțină și motivarea în fapt și în drept a contestației, cu atât mai mult cu cât societatea a avut asigurat, de către autoritate, accesul la dosarul achiziției publice, în condițiile stabilite prin art. 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016. În cazul în care aprecia că autoritatea nu și-a îndeplinit obligația prevăzută prin această dispoziție a legii, societatea avea posibilitatea contestării și obligării acesteia la conduita la care legea o ține, și nu să aștepte studierea dosarului de pe rolul Consiliului pentru a-și formula criticile față de oferta câștigătoare.

Consiliul va respinge cererea

de a pune concluzii orale, dat fiind faptul că probele administrate în cauză au format convingerea asupra speței, stabilirea unui termen pentru desfășurarea unei ședințe de audieri în cauza, cu respectarea principiului contradictorialității, prelungind în mod nejustificat termenul de soluționare a cauzelor.

Referitor la cererea subsidiară de anulare a întregii proceduri de atribuire, Consiliul se pronunță în sensul caracterului ei nefondat, dat fiind faptul că nu se identifică în speță motive pentru care să se rețină nelegalitatea actelor autorității de natura să conducă la luarea acestei măsuri extreme de desființare a întregii proceduri.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea

de obligare a Metrorex și a oricărei alte părți adverse în

culpă, indiferent de calitatea sa procesuală, la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu judecarea prezentei cauze.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție formulată de sunt fondate, astfel încât Consiliul o va admite.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de :

Răzultatul procedurii de atribuire a fost stabilit de autoritatea contractantă prin raportul procedurii nr. M.09.01.01/931 din 29.05.2020, conform căruia oferta depusă de

a fost respinsă ca neconformă, în baza 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 osia vagonului Mp a trenului propus este de 14,01 tone, depășind valoarea maximă admisă pentru sarcina pe osie prevăzută în caietul de sarcini), și ca inacceptabilă, în baza art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 (deoarece răspunsul ofertantului înregistrat cu nr. M.09.01.01/32 din 09.01.2020, nu este considerat concludent, acesta nefiind conform cu practica general aplicabilă în materie și totodată metodologia de calcul propusă prin răspuns este infirmată chiar de modul în care a procedat ofertantul în cadrul ofertei).

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere a ofertei, au înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de 880.000 lei, cu recipisa de consemnare nr. 206318427/1 din 11.06.2020, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria), solicitând anularea raportului procedurii nr. M.09.01.01/931 din 29.05.2020 prin care oferta depusă de a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, a adreselor 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, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că, și în aceasta cauză, a formulat cerere de intervenție pe care Consiliul o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Pe fondul cauzei, având a verifica legalitatea deciziei de respingere a ofertei depuse de

Consiliul reține că unul dintre motivele stabilite de autoritatea

contractanta a fost reprezentat de lipsa de concludență a răspunsului ofertantei înregistrat cu nr. M.09.01.01/32 din 09.01.2020, acesta nefiind conform cu practica general aplicabilă în materie și totodată metodologia de calcul propusă prin răspuns este infirmată chiar de modul în care a procedat ofertantul în cadrul ofertei.

În examinarea lui, Consiliul observă că, raportat la suprafața de 41,226 m², pe care asocierea a comunicat (prin răspunsul de clarificare înregistrat la autoritate cu nr. M.09.01.01/2341 din 23.12.2019) ca a luat-o în calcul pentru călătorii în picioare, pentru vagoanele MP și M, și raportat la calculele efectuate de autoritate, prin adresa nr. M.09.01.01/2373 din 30.12.2019, aceasta din urmă a cerut asocierii celor doi operatori economici, cu privire la „Formularul cerințelor tehnice minime – pct.4 pag. 5/14, Oferta Tehnică- IV- Partea III –Secțiunea 1” din propunerea tehnică, următoarea solicitare de clarificare:

“Pe baza informației cuprinse în răspunsul de clarificare anterior privind suprafața luată în calcul pentru călătorii în picioare, de 41,226 m² pentru vagoanele MP și respectiv M, rezulta sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP (cel mai greu vagon din compunerea trenului), astfel:

- *Tara vagonului MP: 30,142 tone (conform răspunsului de clarificare nr. 5 din data de 05.12.2019)*

- *Numărul călătorilor în picioare în starea de încărcare EL 8 = 41,226 m² (conform răspunsului de clarificare din 18.12.2019) * 8 = 329,808 = 330 călători (rotunjit conform practicilor uzuale)*

- *Numărul total al călătorilor în vagonul MP în starea de încărcare EL 8 = 330 călători în picioare + 40 călători pe scaune = 370 călători*

- *Masa călătorilor în starea de încărcare EL 8 = 370 * 70 kg = 25,900 tone*

- *Masa totală a unui vagon MP = 30,142 + 25,900 = 56,042 tone*

- *Sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP = 56,042 tone / 4 osii = 14,01 tone*

- *Reluând calculele cu utilizarea numărului de călători rezultat, respectiv 329,808 călători (fără aplicarea rotunjirii la 330 de călători), masa totală a vagonului MP în starea de încărcare EL 8 ar fi de 56,028 tone de unde rezulta sarcina maximă pe osie de 14,007 tone.*

Din calculul efectuat pe baza informației privind suprafața luată în calcul pentru călătorii în picioare, de 41,226 m² pentru vagoanele MP, informație furnizată de dvs. prin răspunsul de clarificare anterior (atât cu numărul de călători rotunjit conform practicilor uzuale cât și cu numărul de călători exact rezultat) rezulta ca sarcina maximă pe osie a vagoanelor MP propuse este diferită de valoarea declarată în cadrul ofertei.

Vă rugăm să confirmați calculul efectuat pe baza informațiilor pe care le-ați furnizat în oferta și în clarificările anterioare prezentei (astfel cum a fost prezentat mai sus).”

Ofertanta a răspuns prin adresa înregistrată la autoritate cu nr. M.09.01.01/32 din 09.01.2020, astfel:

«Starea de încărcare EL 8 presupune un număr de 8 pasageri/m². Astfel, fiecărui pasager îi este atribuită o suprafață de 0,125 m².

Calculația strict aritmetică a numărului de pasageri în picioare al vagonului MP în starea de încărcare EL 8 = $41,226 \text{ m}^2 * 8 = 329,808$ pasageri.

Întrucât calculul se referă la pasageri (care nu pot fi divizați), iar nu la bagaje/obiecte (care ar putea fi eventual divizate), practica uzuală în industrie pentru determinarea numărului de pasageri în diversele stări de încărcare este utilizarea numărului întreg după/prin eliminarea părții fracționare a numărului rezultat din respectivul calcul aritmetic (calculația numărului de pasageri nu se poate raporta la fracții de pasageri, ci doar la partea întreagă a numărului de pasageri, respectiv prin eliminarea părții zecimale din numărul amintit), luând în calcul doar numărul pasagerilor întregi iar nu și părțile de/din pasageri.

Aceasta ar putea fi considerată echivalentul unei rotunjiri în jos a numărului de pasageri, însă ar fi impropriu să utilizăm noțiunea de „rotunjire” când ne raportăm la pasageri, în condițiile în care, conform practicii din industrie, se utilizează conceptul de „număr întreg” rezultat din calcul, așa cum am arătat mai sus.

Chiar făcând abstracție de cele de mai sus valoarea rezultată din calcul nu poate fi rotunjită în sus deoarece ar rezulta o suprafață per pasager mai mică decât cea calculată conform standardului pentru numărul de 8 pasageri/m².

Din considerentele de mai sus a fost luat în calcul un număr de 329 pasageri în picioare pentru vagonul MP la starea de încărcare EL8.

Prin urmare:

- Greutatea pasagerilor sub sarcina EL 8 = $369 * 70 \text{ kg} = 25,830$ tone
- Greutatea totală a unui vagon MP sub sarcina EL 8 = $30,142 + 25,830 = 55,972$ tone
- Sarcina medie pe osie a unui vagon MP = $55.972 \text{ tone} / 4 \text{ osii} = 13,993$ tone.

De asemenea, subscrisa are implementate și derulează proceduri stricte de estimare/supraveghere/control a greutății produsului atât în faza de proiectare cât și în fazele de fabricație, asamblare și testare finală, care ne îndreptățesc să garantăm că produsul finit (vagonul de metru) va respecta cu strictețe cerințele tehnice specifice din Caietul de Sarcini. Astfel, având în vedere că potrivit art. 5.4.1 din Caietul de sarcini: "Responsabilitățile Fabricantului includ proiectarea, fabricarea, testarea, ambalarea, transportul, omologarea, precum și punerea în funcțiune a trenurilor", precizăm faptul că înainte de livrarea produsului, la momentul realizării testelor de acceptanță în fabrică (FAT - Factory Acceptance Tests), după asamblarea finală a vagoanelor, fiecare vagon va fi supus unui test/operațiunii de cântărire pentru a se asigura că greutatea vagonului și sarcina maximă pe osie respectă cerințele tehnice minime, rezultatul acestui test fiind comunicat beneficiarului imediat după emiterea acestuia.»

Analizând oferta și răspunsul acesteia la clarificarea amintita, autoritatea a concluzionat că, raportat la regula

matematică de rotunjire a numerelor zecimale, calculul prezentat de asociere nu este concludent, astfel încât rămân valide verificările sale, ceea ce conduce la depășirea valorii sarcinii maxime impusă prin caietul de sarcini (14,000 tone).

Și referitor la activitatea comisiei de evaluare în ceea ce privește oferta depusă de

Consiliul reține că demersurile întreprinse în clarificarea ofertei respectă dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor sectoriale (art. 139 alin. 1, art. 140 alin. 1 din HG nr. 394/2016), dată fiind obligația membrilor comisiei de evaluare de a efectua o analiză riguroasă a ofertelor primite, pentru a se edifica asupra conformității acestora, precum și asupra capacității ofertantului de a derula contractul supus achiziției la parametrii calitativi și cantitativi impuși și cu respectarea celorlalte reglementari legale incidente.

Observând clarificarea citată și susținerile părților, Consiliul stabilește că, pe scurt, disputa poartă asupra numărului diferit de călători în picioare, în starea de încărcare EL 8, pe care ofertanta și autoritatea contractanta l-au luat în calcul la stabilirea sarcinii maxime pe osie a vagoanelor MP. Astfel, conform calculelor ambelor părți, numărul acestora este de 329,808 călători în picioare. Însă, în vreme ce autoritatea contractantă a utilizat în calculele ulterioare, pentru stabilirea sarcinii maxime pe osie, atât această valoare zecimală a numărului de călători în picioare, cât și valoarea rotunjită „în plus”, respectiv 330 călători, în ambele variante rezultând o sarcină maximă pe osie mai mare decât maximumul admis prin caietul de sarcini, ofertanta a folosit în calculele sale valoarea rotunjită „în minus” a numărului de călători în picioare, respectiv 329 de călători, consecința fiind o valoare a sarcinii maxime pe osie care se încadrează în limita stabilită de autoritatea contractantă.

Consiliul constată că, în susținerea variantei sale de calcul, autoritatea contractanta invocă regula matematică a rotunjirii numerelor zecimale, respectiv cele ale căror zecimale sunt mai mari de 5, vor fi rotunjite „în plus”, respectiv prin luarea în considerare a numărului întreg imediat următor (în cazul nostru 329,808 a devenit 330), contestatoarea susține o practică „uzuală în industrie”, respectiv utilizarea numărului întreg după/prin eliminarea părții fracționare a numărului.

Consiliul constată că autoarea contestației nu identifică în mod clar și precis în ce mod a fost stabilită această practică din industrie, conform căreia rotunjirea numerelor zecimale se realizează în alt mod decât cel aritmetic.

Mai mult, potrivit apărărilor autorității, confirmate de contestatoare prin concluziile scrise, chiar în discuție, în propunerea sa tehnică, a utilizat regula matematică a rotunjirii numerelor zecimale tabelul 1-3 „Capacitate pasageri”, regăsit în propunerea tehnică „IV-Partea III – Secțiunea 1 – Propunerea trenului”, punctul 3 „Configurația trenului”, subpunctul 3.6 „Greutate și capacitate pasageri”. În acest tabel, pentru trenurile tip MP și M, ofertanta a luat în calcul un număr de 205 pasageri pentru încărcarea EL4 și 287 pasageri pentru încărcarea EL6. Conform

calculelor autorității (regăsite în primul paragraf al paginii 4 din punctul de vedere la contestație) privind numărul de pasageri în picioare, raportat la suprafața ocupată de aceștia, indicată de ofertantă (41,226 m²), a rezultat un număr de 164,904 calatori în picioare, pentru starea de încărcare EL4, și 247,356 de calatori în picioare, pentru starea de încărcare EL6. Având în vedere că numărul de pasageri pe scaune, pentru ambele stări de încărcare este de 40 de locuri, rezultă că numărul total de pasageri este următorul: 204,904 pentru EL4 și 287,356 pentru EL6. Astfel, văzând valorile indicate de ofertanta în tabelul 1-3 „Capacitate pasageri”, respectiv 205 pasageri pentru încărcarea EL4 și 287 pasageri pentru încărcarea EL6, rezultă că aceasta a utilizat ea însăși metoda de rotunjire matematică, astfel încât 204,904 (zecimala mai mare decât 5) a devenit 205 (numărul întreg mai mare), iar 287,356 (zecimala mai mică decât 5) a devenit 287 (numărul întreg mai mic).

Astfel, Consiliul nu poate primi schimbarea de calcul propusă de asocierea contestatoare autorității contractante și pe care își bazează contestația formulată, modificare având unicul scop de păstrare a unei valori conforme pentru sarcina maximă pe osie.

Este adevărată susținerea contestatoarei potrivit căreia, în cazul pasagerilor din trenurile de metrou nu pot fi luate în calcul valori zecimale, ființele umane neputând fi fracționate, însă pretenția sa că, indiferent de valoarea zecimală a numărului calculat aritmetic, să fie luat în calcul numărul întreg mai mic (adică, cel rezultat după înlăturarea părții fracționare a numărului rezultat din calcul matematic) nu poate fi primită pentru situația în care numărul zecimal este mai mare decât jumătate de unitate, deoarece valorile greutății și suprafeței corespunzătoare matematic respectiv valori zecimale a numărului de pasageri influențează calculele aritmetice în care numărul de pasageri și suprafața ocupată de aceștia sunt implicate.

Consiliu reține tardivitatea criticilor contestatoarei cu privire la faptul că autoritatea nu a indicat în documentația de atribuire regula aplicabilă rotunjirii numerelor zecimale apărute în calculele existente în oferte. Astfel, în condițiile în care aprecia că o astfel de lipsă afectează modalitatea de întocmire a ofertelor, cele două societăți aveau posibilitatea solicitării de lămuriri autorității, în perioada anterioară depunerii ofertelor, apelând în acest sens la dispozițiile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 (*„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului-limită stabilit de entitatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.”*), precum și posibilitatea de contestare a documentației de atribuire, cu respectarea termenului legal în acest sens, prevăzut prin dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării acesteia (22.03.2019). De altfel, Consiliul reține că societățile contestatoare au cunoscut regula matematică a rotunjirii numerelor zecimale și aplicabilitatea ei în calculele determinate de ofertarea în această procedură, de vreme ce ele însele au utilizat-o în privința altor valori oferite.

Consiliul stabilește că nu se pune în discuție caracterul neclar al vreunei prevederi a documentației de atribuire, speța analizată fiind determinată de un calcul matematic asupra căruia părțile au o abordare diferită. Însă, în vreme ce autoritatea contractantă justifică opțiunea sa prin utilizarea unei reguli matematice general cunoscută, contestatoarea nu aduce nicio dovadă, tehnică, de reglementare, matematică, sau de orice alt tip în motivarea abordării sale în subiectul disputat.

Considerentele contestatoarei vizavi de exploatarea trenului de metrou ofertat nu sunt relevante în cauză, câtă vreme autoritatea contractantă este ținută să verifice ofertele primite, cu toate reperele stabilite de către fiecare operator economic înăuntrul acestora. A ignora anumite aspecte tehnice ale unei oferte pentru considerentul pretensei lipse de relevanță a acestora în exploatarea efectivă a produsului, ar conduce la eludarea principiilor tehnice avute în vedere la proiectarea și construirea trenului de metrou, normativelor tehnice aplicabile acestor două activități și, nu în cele din urmă, regulii din achiziții privind caracterul ferm și obligatoriu al ofertei.

Față de critica din contestație privind faptul că în stabilirea deciziei sale, autoritatea nu a arătat în mod clar care este „practica general aplicabilă în materie” pe care asocierea nu a respectat-o prin clarificarea care a condus la respingerea ofertei, Consiliul stabilește că, într-adevăr, autoritatea nu a precizat că această practică este reprezentată de regula matematică a intervenției asupra numerelor zecimale, însă, având în vedere că nu rezultă din analiza efectuată în această decizie, că este necesar a fi înfirmate cele stabilite cu privire la oferta depusă

Consiliul nu va dispune anularea raportului și a comunicării exclusiv pentru reformularea motivării deciziei de respingere.

În consecință, Consiliul reține că, aplicând regula matematică amintită (utilizată și de societățile contestatoare în privința altor elemente ale ofertei), reiese că oferta depusă de

nu respectă cerința caietului de sarcini referitoare la sarcina maximă pe osie, valoarea rezultată din calculele autorității - 14,01 tone, fiind mai mare decât maximul admis prin caietul de sarcini, respectiv 14 tone. Astfel, decizia autorității contractante de a nu considera concludent răspunsul de clarificări citat mai sus, este una corectă, atrăgând consecința prevăzută la art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 pentru această situație, respectiv considerarea inacceptabilă a ofertei. Drept urmare, în baza art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, oferta a fost în mod legal respinsă, comisia de evaluare având obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

Consiliul va respinge ca inadmisibile orice alte critici și solicitări ale contestatoarei, ulterioare contestației înaintate, depuse la dosar pe calea concluziilor scrise, date fiind dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *"Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea*

concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterioare termenului legal de formulare a acestora.”

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respindă ca nefondată contestația depusă de

Față de cele retinute mai sus cu ocazia soluționării contestației depusă de

Consiliul stabilește ca cele evocate în cererea de intervenție formulată de sunt fondate, astfel încât Consiliul o va admite.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, contestația depusă de
și contestația depusă de
, în contradictoriu cu METROREX SA.

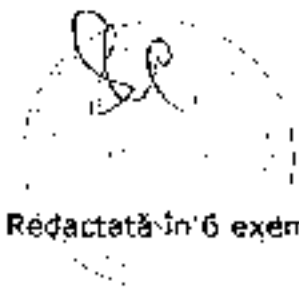
Respinge cererea de obligare a Metrorex și a oricărei alte părți adverse în culpă, indiferent de calitatea sa procesuală, la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu judecarea prezentei cauze.

Încuviințează în principiu și admite cererile de intervenție formulate de cu privire la cele două contestații.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

**PREȘEDINTE,
Maria GHEORGHE**



**MEMBRU,
Adriana VÂNCICĂ**



**MEMBRU,
Dan ȘERBAN**



Redactată în 6 exemplare, conține 105 pagini.

