

Către: Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București
Fax: 021.310.46.42
E-mail: office@cnscl.ro

Spre știința: Autoritatea pentru Reforma Feroviară ("ARF"),
Bd. Dinicu Golescu, nr. 38, București, sector 1
Fax: +40 0750032649
E-mail: office@arf.gov.ro ; ilie.circeag@arf.gov.ro

De la:

Tel:
Fax:
E-mail:

Data: 23.11.2020

Subscrisele _____, cu sediul în _____,
_____, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. _____,
_____, cod unic de identificare _____, și _____,
_____, cu sediul social în _____, cod poștal _____,
înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă _____, cod
fiscal _____,

în calitate de **operatori economic interesați pentru a participa în asociere** la procedura de atribuire prin licitație deschisă a unui contract de furnizare având ca obiect „[a]chiziționarea a 20 de rame

electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, corespunzătoare anunțului de participare nr. CN 1020204, publicat în SEAP la data de 03.04.2020 de către Autoritatea pentru Reforma Feroviară („ARF” sau „autoritatea contractantă”),

reprezentați convențional de _____, cu sediul în _____, _____, cod poștal _____, adresă la care vă solicităm să dispuneți comunicarea tuturor actele procesuale în cauză¹, comunicarea putând fi realizată potrivit art. 154 alin. (6) C. pr. civ. și la adresa de e-mail _____, în contradictoriu cu autoritatea contractantă Autoritatea pentru Reforma Feroviară (“ARF”), cu sediul administrativ B-dul Dinicu Golescu, nr. 38, București, sector 1, e-mail: office@arf.gov.ro ; ilie.circeag@arf.gov.ro ; Fax: +40 374808649, reprezentată legal prin Ilie Cîrceag, în calitate de Director General,

în temeiul dispozițiilor art. 8, art. 10 și art. 11 din Legea nr. 101/2016, formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

prin care vă solicităm să dispuneți, în temeiul art. 26 alin. (2) al Legii nr. 101/2016, remedierea documentației de atribuire prin:

- I. eliminarea cerințelor suplimentare față de Caietul de sarcini inițial introduse prin Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020 postată în SICAP la 11.11.2020, modificare cuprinsă și confirmată prin Erata nr. EN1023361 /11.11.2020, care impun ofertarea unui produs deja omologat “în conformitate cu reglementările europene” sau bazat pe un produs deja omologat “în conformitate cu reglementările europene”:
 - a. Cerința 1.1.3.b regăsită la pag. 2 din Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020 - ”1.1.3.b În vederea verificării termenelor de livrare a ramelor electrice, ofertantul trebuie să prezinte documente doveditoare privind produsul/produsele livrate, respectiv omologarea acestuia/acestora de către un organism neutru, în conformitate cu reglementările europene în vigoare la data respectivă”,
 - b. Cerința 1.2. pct. 1 regăsită la pag. 3 din Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020 - ”Furnizorul va oferi un vehicul care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini, vehicul bazat pe un design dovedit (produs proiectat, construit și omologat de către un organism neutru), vezi cap. 1.12) aflat în exploatare cu călători. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-IR ofertat este bazat pe un produs omologat care este în exploatare comercială”.

1

- c. Cerința 1.12 pct. 28 regăsită la pag. 4 din Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020 - *"Produs omologat - ramă electrică destinată transportului feroviar de călători, care asigură o viteză de minim 120 km/h, omologată de către un organism neutru și/sau deține o autorizație de introducere pe piață, în conformitate cu reglementările europene în vigoare (specificații tehnice de interoperabilitate (STI) aplicabile materialului rulant (vezi cpt. 1.2. pct. 4), în vigoare, la data realizării)"* [subl. ns.]
 - d. Mențiunile cu privire la omologarea la momentul ofertării cuprinse în cerințele 13.2.6, 13.2.8 - tabelul solicitat, din cadrul Clarificării nr. 22/402/10.11.2020,
 - e. oricare alte mențiuni introduse prin Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020, respectiv Erata nr. EN1023361 /11.11.2020, care fac referire la cerința omologării *"în conformitate cu reglementările europene"* la momentul ofertării, respectiv cerința ofertării unui produs bazat pe un alt produs omologat în *"conformitate cu reglementările europene"*, precum și a oricăror mențiuni corespondente,
- II. eliminarea integrală a cerințelor suplimentare față de Caietul de sarcini inițial introduse prin Secțiunea 13.5 - *Sursele principalelor elemente/echipamente* din Clarificarea nr. 22/402/10.11.2020 postată în SICAP la 11.11.2020, modificare cuprinsă și confirmată prin Erata nr. EN1023361 /11.11.2020,

cu consecința obligării autorității contractante la continuarea procedurii cu documentația de atribuire remediată conform Deciziei pronunțate în prezentul dosar, în termen de 10 zile de la data pronunțării acesteia.

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

I. SUMAR AL EXPUNERII

Autoritatea contractantă a publicat o Erată (Anexa nr. 1) și o Clarificare (Anexa nr. 2) al căror conținut este lipsit de orice legătură cu Decizia CNSC nr. 1612/2020, pe care pretind că astfel o pun în aplicare. Clarificarea, respectiv Erata care o validează cuprind mai multe cerințe vădit nelegale.

Astfel, inițial ARF a încercat să introducă omologarea ramei feroviare în Uniunea Europeană la momentul ofertării drept factor de evaluare.

Prin decizie definitivă a instanței de judecată (Decizia civilă 741/15.06.2020 a Curții de Apel București, Anexa nr. 3), acest factor de evaluare a fost eliminat, ca urmare a caracterului său restrictiv și discriminator.

Acum, pretinzând că pune în aplicare o hotărâre judecătorească definitivă care a reținut caracterul restrictiv al unei mențiuni cu privire la omologarea ramei în Uniunea Europeană

autoritatea contractantă încearcă să o reintroducă chiar ca cerință de participare în licitație!

O astfel de conduită este evident nelegală, fiind contrară expres puterii de lucru judecat a considerentelor Deciziei civile nr. 741/15.06.2020. Autoritatea contractantă nu poate ocoli pur și simplu considerentele decizorii obligatorii ale unei hotărâri judecătorești prin reformularea unui factor de evaluare declarat nelegal drept o cerință de participare!

La fel, ARF a inclus o cerință abuzivă cu privire la necesitatea depunerii - la momentul ofertării - a unui “*acord preliminar*” din partea unui furnizor cu “*experiență*” cu privire la fiecare “*ansamblu/subansamblu/echipament principal*”. O astfel de cerință este atât lipsită de orice legătură cu Decizia CNSC care a cauzat emiterea Eratei/Clarificării, cât și excesivă și subiectivă, aptă de a permite interpretări discreționare din partea ARF.

II. STAREA DE FAPT RELEVANTĂ ÎN SOLUȚIONAREA CONTESTAȚIEI

1. La data de **03.04.2019**, ARF a publicat anunțul de participare CN 1020204 cu privire la procedura de atribuire prin licitație deschisă a unui contract de furnizare având ca obiect „[a]chiziționarea a 20 de rame electrice inter-regionale noi, denumite RE-IR și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”.
2. În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, valoarea estimată a Contractului (fără TVA) este între **1.311.698.701** și **3.714.279.851 RON**.
3. De altfel, Fișa de Date a achiziției (“**FDA**”) prevede „*posibilitatea suplimentării cantității inițiale cu încă 20 rame electrice (RE-IR) și pentru aceste rame se vor asigura serviciile de mentenanță și reparații, conform cerințelor din CS, pe o durată de 15 ani*”, precum și “*posibilitatea suplimentării perioadei de mentenanță cu încă 15 ani (mentenanță 15 ani + 15 ani), conform cerințelor din CS.*”
4. Potrivit Secțiunii II.2.5 a FDA, criteriul de atribuire al procedurii este “*cel mai bun raport calitate-cost*”.
5. Factorii de evaluare ce au fost incluși în Secțiunea II.2.5 au fost următorii:

Denumire factor evaluare	Descriere	Pondere
Pretul ofertei	Componenta financiara	65% Punctaj maxim factor: 65
Algoritm de calcul: Punctajul se acorda astfel: a) Pentru cel mai scazut dintre preturi se acorda punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte preturi oferite punctajul P(n) se calculeaza proportional, astfel: $P(n) = (\text{Pret minim ofertat} / \text{Pret } n) \times \text{punctaj maxim alocat}$.		
Program de livrare	Componentă calitate.	15% Punctaj maxim factor: 15
Algoritm de calcul: Programul de livrare va insemna 15 puncte dupa cum urmeaza: (i) 6 puncte pentru livrarea primei unitati în vederea puneri în funcțiune cu călători, pe rețeaua CFR în termen de 20 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scăzut 1,5 puncte din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate neconforme și eliminate. (ii) 9 puncte pentru livrarea întregii cantități în termen de 25 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare lună în plus va fi scazut 1,5 puncte din scorul total, iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 31 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate neconforme și eliminate.		
Validare tehnică	Componentă calitate.	10% Punctaj maxim factor: 10
Algoritm de calcul: Un număr de 10 puncte va fi acordat pentru oferta ce conține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA. În caz contrar nu se va acorda nici un punct.		
Plusvaloare	Componentă calitate.	10% Punctaj maxim factor: 10
Algoritm de calcul: Un număr de maxim 10 puncte va fi alocat ofertantului care demonstreaza o capacitate mai mare de transport, respectiv locuri pe scaune fixe. Astfel pentru fiecare 10 locuri peste minimul specificat în caietul de sarcini de 300 locuri se va acorda 2 puncte până la un maxim de 10 puncte pentru 350 locuri. Un număr superior de locuri, peste cele 350, nu se va mai puncta suplimentar. Punctele se vor acorda doar pentru fiecare grup de 10 locuri. Astfel, de exemplu, pentru un număr suplimentar de 11 ÷ 19 locuri peste minimul specificat se vor acorda numai 2 puncte. Ofertele ce vor conține un număr de locuri mai mic de 300 vor fi declarate neconforme și eliminate.		
Punctaj maxim total: 100		

6. În calitate de operator economic interesat să participe în procedură, a formulat o contestație în fața CNSC privind legalitatea celui de-al treilea factor de evaluare cuprins în Secțiunea II.2.5 a FDA și a anunțului de participare, anume:

“Validare tehnică - 10%. Punctaj maxim factor: 10

Algoritm de calcul: Un număr de 10 puncte va fi acordat pentru oferta ce conține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA. În caz contrar nu se va acorda niciun punct.”

7. Prin Decizia CNSC nr. 707/C2/678/4.05.2020, Consiliul a respins contestația, admitând totodată cererea de intervenție accesorie a
8. Această decizie a fost subsecvent atacată cu plângere de în fața Curții de Apel București. Prin Decizia civilă nr. 741/15.06.2020, Curtea de Apel București a dispus următoarele:

“Admite plângerea formulată de petenta împotriva Deciziei nr. 707/C2/678/4.05.2020 [...]

Modifică Decizia CNSC contestată în sensul că:

Admite contestația.

Obligă autoritatea contractantă să remedieze documentația de atribuire prin eliminarea factorului de evaluare <<Validare tehnică>> cuprins în cadrul Secțiunii II.2.5 - Criterii de atribuire din Fișa de date a achiziție, respectiv în cadrul Secțiunii II.2.5 - Criterii de atribuire din Anunțul de participare nr. CN1020204, publicat în SEAP la data de 3.04.2020. Definitivă”.

9. Pretinzând punerea în aplicare a acestei hotărâri judecătorești definitive, ARF a reintrodus aceleași mențiuni cu privire la omologarea în Uniunea Europeană la momentul ofertării de data aceasta de-a dreptul ca o cerință tehnică a Caietului de sarcini.

III. ARGUMENTAȚIA ÎN DREPT. NELEGALITATEA CERINȚEI PRIVIND DEȚINEREA OMOLOGĂRII ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ LA MOMENTUL OFERTĂRII

A. ACTUL CONTESTAT ÎNCALCĂ FLAGRANT PUTEREA DE LUCRU JUDECAT A DECIZIEI CIVILE NR. 741/15.06.2020

10. Unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice care prevede *inter alia* că soluția dată de către instanțe în mod definitiv oricărui litigiu să nu mai fie pusă în discuție.
11. **În procedura de față s-a pronunțat o hotărâre judecătorească definitivă prin care s-a arătat pe larg că un act de favorizare a operatorilor cu rame deja omologate în Uniunea Europeană este în afara legii, fiind restrictiv și discriminator.**
12. **ARF nu poate ocoli pur și simplu această decizie, prin reintroducerea aceleiași manifestări de voință restrictive și discriminatorii, de această dată chiar mai grav ca însăși cerință tehnică!**
13. Prin urmare, contestatoarele se prevalează de puterea de lucru judecat a considerentelor decizorii ale hotărârii judecătorești sus indicate, neputându-se repune în discuție chestiuni tranșate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.
14. Temeiul legal al obligației unui organ jurisdicțional de a respecta latura pozitivă a puterii de lucru judecat a unei hotărâri judecătorești definitive anterioare este oferit de art. 431 alin. (2) C. pr. civ.: „*Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătura cu soluționarea acestuia din urmă*”.
15. **Argumentele care evidențiază caracterul restrictiv al oricărui act al ARF de impunere a unei cerințe privind omologarea în cadrul Uniunii Europene la momentul ofertării sunt deja evocate în cuprinsul Deciziei civile nr. 741/15.06.2020:**
 - *“practic atât autoritatea contractantă cât și Alstom, precum și CNSC susțin că factorul de evaluare nu este nelegal și nici restrictiv pentru că nu reprezintă o cerință de calificare și*

nu determină eliminarea, înlăturarea ofertantului din procedură, neexistând o îngrădire a accesului operatorilor economici în procedură.

Afectarea, îngrădirea concurenței se realizează însă indirect prin utilizarea cerinței în cauză ca și factor de evaluare, pentru că concurenții nu participă în condiții de egalitate în procedură, ci sunt favorizați acei ofertanți care anterior au deținut omologări ale unor produse similare.

[...] Așadar, prin inserarea ca și factor de evaluare a necesității deținerii unei rame puse în funcțiune pe o rețea Europeană, recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căile Ferate - ERA și punctarea cu acestui factor cu 10% din punctajul acordat, concurența este afectată, fiind încălcate principiile nediscriminării și tratamentului egal prevăzute de art. 2 al. 2 lit. a și b din Legea nr. 98/2016.” [subl. ns.]

- “Este corectă susținerea petentei că în acest fel este introdusă și o piedică în privința inovării și progresului tehnic în domeniu, pentru că un produs nou, care poate îngloba o tehnologie superioară este din start depunctat pentru că nu avea cum să dețină anterior o omologare/autorizare.”
- “prin inserarea și punctarea factorului <<validare tehnică>> se avantajează nejustificat acei ofertanți în detrimentul celor care nu au astfel de certificări, fără ca autoritatea să beneficieze pe această cale de un produs mai ofertant, mai prietenos cu mediul sau alte avantaje sociale.

[...] Interpretarea autorității contractante în sensul că i se oferă un avantaj de natură tehnică, ori că este înlăturat riscul neîndeplinirii contractului, contravine dispozițiilor indicate în precedent privind asigurarea unei concurențe efective și principiilor nediscriminării și tratamentului egal.” [subl. ns.]

- ”Așadar, este corectă susținerea petentei că toate trenurile vor urma un proces de autorizare/omologare. Relevante sunt și dispozițiile art. 14 al. 1 din Regulamentul mai sus indicat care dispun că ” (1) Solicitantul identifică și alege autorizația relevantă dintre următoarele cazuri: (a) prima autorizare: autorizația de tip a vehiculului și/sau autorizația de introducere pe piață a vehiculului emisă de entitatea de autorizare pentru un nou tip de vehicul, inclusiv variantele și/sau versiunile acestuia, dacă există, și, dacă este cazul, pentru primul vehicul dintr-un tip, în temeiul articolului 21 alineatul (1) din Directiva (UE) 2016/797; (b) reînnoirea autorizației de tip a vehiculului: reînnoirea unei autorizații de tip a vehiculului în temeiul articolului 24 alineatul (3) din Directiva (UE) 2016/797, care nu necesită o schimbare a proiectului tipului de vehicul; (c) extinderea zonei de utilizare: autorizația de tip a vehiculului și/sau autorizația de introducere pe piață a vehiculului emisă de entitatea de autorizare relevantă pentru un tip de vehicul și/sau pentru un vehicul deja autorizat pentru a extinde zona de utilizare fără a schimba proiectul, în temeiul articolului 21 alineatul (13) din Directiva (UE) 2016/797; (d) o nouă autorizare: autorizația de tip a vehiculului și/sau autorizația de introducere pe piață a vehiculului emisă de entitatea de

autorizare după o modificare adusă unui vehicul și/sau unui tip de vehicul deja autorizat, în temeiul articolului 21 alineatul (12) sau al articolului 24 alineatul (3) din Directiva (UE) 2016/797; (e) autorizarea în conformitate cu tipul: autorizația de introducere pe piață a unui vehicul sau a unei serii de vehicule care este în conformitate cu un tip de vehicul deja autorizat și valabil, pe baza unei declarații de conformitate cu tipul respectiv, în temeiul articolului 25 alineatul (1) din Directiva (UE) 2016/797. După caz, se precizează în mod clar versiunea tipului de vehicul și/sau varianta tipului de vehicul cu care vehiculul sau seria de vehicule în cauză este conformă (...)

În acest context, nu se pot reține alegațiile CNSC și ale autorității contractante că autoritatea contractantă capătă, prin factorul de evaluare contestat, un avantaj tehnic, clar, respectiv că gradul de siguranță a Autorității Contractante cu privire la respectarea efectivă a promisiunii din oferta tehnică este semnificativ mai mare”.

16. Cele de mai sus demonstrează că **este deja lucru judecat** că o cerință privind deținerea la momentul ofertării a unei omologări a ramei feroviare în cadrul Uniunii Europene este nelegală, întrucât este:

a) Restrictivă, afectând principiile nediscriminării și tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) ale Legii nr. 98/2016.

Or, potrivit art. 155 alin. (6) al Legii nr. 98/2016, “Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”

b) Contrară principiilor de “eficiență economică și socială” reglementate de art. 2 alin. (1) al Legii nr. 98/2016, fiind o “piedică în privința inovării și progresului tehnic în domeniu”.

c) Lipsită de rațiune față de obiectul contractului, întrucât oricum trenurile oferite vor trebui să urmeze la rândul lor un proces de omologare - *”Așadar, este corectă susținerea petentei că toate trenurile vor urma un proces de autorizare/omologare. [...] În acest context, nu se pot reține alegațiile CNSC și ale autorității contractante că autoritatea contractantă capătă, prin factorul de evaluare contestat, un avantaj tehnic, clar, respectiv că gradul de siguranță a Autorității Contractante cu privire la respectarea efectivă a promisiunii din oferta tehnică este semnificativ mai mare”*

17. În interpretarea principiului puterii de lucru judecat, literatura juridică a arătat că:

i. *„[d]e data aceasta, fără să pună obstacol unei noi judecăți, pentru că nu este reunită tripla identitate de elemente menționată, efectul pozitiv al lucrului judecat obligă instanța ulterioară să țină seama de ceea ce o primă judecată a statuat și să-și sprijine propriul raționament pe dezlegările jurisdicționale*

anterioare, în măsura în care acestea au legătură și influențează chestiunea litigioasă dedusă judecății ulterior”².

ii. „Efectul pozitiv al autorității de lucru judecat nu trebuie deci circumscris aceleiași triple identități și nici limitat la o a doua cerere introductivă a unui alt proces. [...] cum concis, frumos și lămuritor s-a spus - „lucrul deja judecat” își extinde efectele asupra „lucrului de judecat” [...]”³.

18. În același sens s-a pronunțat și practica recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție: „Deși impropriu se face referire și distincție în motivele de recurs între autoritatea de lucru judecat (care ar corespunde exclusivității hotărârii, adică efectului negativ al lucrului judecat) și puterea lucrului judecat (care ar corespunde incontestabilității), în fapt se urmărește punerea în valoare a funcției normative a lucrului judecat. Într-adevăr, așa cum corect susține recurentul, ceea ce s-a tranșat jurisdicțional într-un proces, nu poate fi combătut într-o judecată ulterioară de părțile procesului inițial [...]” (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, Decizia nr. 2379/16.03.2011)⁴.
19. Chiar dacă am face abstracție de prevederile legale sus citate, latura pozitivă a lucrului judecat ar lega oricum instanța ulterior investită de raționamentul exhibit în hotărârea rămasă definitivă. Aceasta întrucât, potrivit principiului *res iudicata pro veritate habetur*, o hotărâre definitivă este prezumată a exprima adevărul, neputând fi contrazisă de o hotărâre ulterioară. În același sens, instanța supremă a arătat că „[p]rincipiul puterii lucrului judecat împiedică nu numai judecarea din nou a unui proces terminat, [...] ci și contrazicerea între două hotărâri judecătorești, adică infirmarea constatărilor făcute într-o hotărâre judecătorească definitivă printr-o altă hotărâre judecătorească posteroară, dată în alt proces”⁵.
20. Prin urmare, examenul juridic pentru dovedirea nelegalității realmente flagrante a actului contestat este dat de simpla suprapunere dintre acesta și Decizia civilă nr. 741/15.06.2020 a Curții de Apel București - Decizia nr. 741/2020 evocă literal nelegalitatea unei mențiuni privind restricționarea ofertării la produse deja omologate în Uniunea Europeană.
21. ARF nu poate “negocia” cât de obligatorii sunt dispozițiile trasate de o hotărâre judecătorească definitivă.

² A. Nicolae, A. Stamatescu, *Autoritatea de lucru judecat în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție și în reglementarea noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 21.

³ I. Deleanu, *Noul cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, Vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 538.

⁴ *Apud.* A. Nicolae, A. Stamatescu, *op. cit.*, p. 48-49.

⁵ Tribunalul Suprem, secția civilă, decizia nr. 496/1975, *apud.* I.G. Mișuță, *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1969 - 1975*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976, p. 386.

B. CHIAR DACĂ S-AR FACE ABSTRAȚIE AD ABSURDUM DE DECIZIA CIVILĂ NR. 741/2020 A CURȚII DE APEL BUCUREȘTI, CERINȚA TEHNICĂ NOU INTRODUSĂ ESTE ORICUM NELEGALĂ

22. Am arătat în cadrul secțiunii anterioare că prin Decizia civilă nr. 741/15.06.2020, Curtea de Apel București a evidențiat pe larg nelegalitatea unei manifestări de voință a ARF - în prezenta procedură - care să impună, în orice formă, deținerea la momentul ofertării a unei omologări/autorizări a ramei feroviare la nivelul Uniunii Europene.
23. Argumentele pentru care o astfel de manifestare de voință este nelegală au fost redată în considerentele hotărârii definitive citate mai sus.
24. Totuși, chiar și dacă am face abstracție *ad absurdum* de existența acestei hotărâri judecătorești, cerința privind deținerea unei produs omologat deja în conformitate cu reglementările europene este evident nelegală.
25. În primul rând, o astfel de cerință este restrictivă, afectând principiile nediscriminării și tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) ale Legii nr. 98/2016.
26. Potrivit art. 155 alin. (6) al Legii nr. 98/2016, *“Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”*
27. Or, anterior momentului emiterii Eratei și clarificării contestate, omologarea în cadrul Uniunii Europene a RE-IR reprezenta în mod corect o cerință aplicabilă pentru momentul livrării.
- a) Art. 1.3.1 al Caietului de sarcini „1.3. CLASIFICAREA CĂII FERATE CONFORM FIȘEI UIC 1. Unitatea RE-IR va fi omologată pentru funcționarea pe liniile de cale ferată din clasa D2 în conformitate cu fișa UIC 700.”
- b) Art. 1.5 - Avize necesare al Caietului de sarcini arăta următoarele:
- “1. Autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului se vor face/vor obține în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului.*
- 2. Pentru cazul în care autorizația de punere în funcțiune a RE-IR se eliberează de o autoritate europeană competentă alta decât AFER, este necesară obținerea autorizației de punere în funcțiune suplimentară care permite circulația RE-IR pe rețeaua feroviară din România, autorizație care va fi eliberată de către structura de specialitate din subordinea și/sau coordonarea Autorității Feroviare Române - AFER. În principal verificările constau în testarea compatibilității între sistemele de siguranță montate în cale și cele din dotarea vehiculului” [subl. ns.].*

- c) Potrivit Secțiunii 9.2.1 a Caietului de sarcini - *Documente de omologare/agrementare/punere în funcțiune*, “*La livrarea primei rame electrice RE-IR vor fi predate Autorității Contractante următoarele documente în limba română:*
- *documentația de omologare/agrementare tehnică/autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață conform Regulamentului (UE) 2018/545;*
 - *protocoale de probe finale (inclusiv proba de parcurs) și documentele de recepție vizate de reprezentantul Autorității Contractante;*
 - *Autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului conform capitolului 1.5 din prezentul Caiet de Sarcini”.*
- d) În același timp, Secțiunea 1.11 a Caietului de sarcini prevedea că “[l]a data livrării, unitățile RE-IR trebuie să fie omologate conform reglementărilor și normelor tehnice feroviare în vigoare la acea dată”.
28. Așadar, anterior emiterii actelor contestate, Caietul de Sarcini impunea necesitatea existenței omologărilor conform standardelor Uniunii Europene **la data livrării primei rame electrice RE-IR.**
29. Altfel spus, la momentul execuției Contractului, autoritatea contractantă va beneficia în mod evident de rame electrice ce dețin omologare UE, autorizație de punere în funcțiune pe rețeaua feroviară din Uniune, respectiv din România.
30. Așa fiind, **faptul că la momentul ofertării un participant deține o ramă pusă în funcțiune pe o rețea europeană nu poate prezenta un beneficiu real și concret pentru ARF. Oricum, la momentul livrării, rama electrică trebuie însoțită de documentația de omologare UE și de autorizația de introducere de punere în funcțiune suplimentară care permite circulația în România.**
31. În același mod, oricum **înainte** de momentul livrării, ARF nu beneficiază de circulația ramei pe vreo rețea europeană - așa fiind, faptul că unitatea RE-IR a unui anume ofertant ar circula deja pe o rețea europeană nu îi aduce ARF vreun beneficiu în executarea contractului pe care îl licitează.
32. Prin urmare, discriminarea realizată de actul contestat între (i) ofertanții care au o ramă deja pusă în funcțiune în Uniunea Europeană și (ii) ofertanții a căror ramă este în curs de omologare în Uniunea Europeană este lipsită de fundament - nu există un temei obiectiv, real și concret, al favorizării primei categorii de ofertanți.
33. În sensul celor de mai sus s-a mai pronunțat practica jurisdicțională a Consiliului, arătând următoarele:
- “chiar dacă omologarea poate fi catalogată drept „etichetă”, în sensul art. 157 din Legea nr.98/2016, acesta nu poate fi impusă la depunerea ofertei, deoarece ar duce la*

restrângerea concurenței” (Decizia C.N.S.C nr. 1459/ C5/ 1414/ 1428/ 1429 din 20.08.2020)

34. O unitate RE-IR care circulă acum pe o rețea europeană nu deține niciun avantaj calitativ, de niciun fel, față de o unitate RE-IR care se află în curs de autorizare pentru Uniunea Europeană.
35. Dimpotrivă, discriminarea dintre cele două este una arbitrară, care descurajează concurența reală între operatorii economici, atrăgând incidența normei de interdicție din art. 155 alin. (6) al Legii nr. 98/2016.
36. Este evident că introducerea acestei noi cerințe favorizează discreționar operatorii economici ale căror unități circulă deja pe rețeaua europeană față de cei ale căror unități circulă pe alte rețele și sunt în curs de autorizare în cadrul Uniunii Europene. Acest criteriu arbitrar descurajează concurența efectivă, întrucât defavorizează operatorii economici cu un preț mai bun, spre exemplu, din a concura cu cei care dețin unități care deja circulă în rețeaua europeană.
37. În acest mod, în baza unui temei aleatoriu, autoritatea distorsionează concurența, favorizând din start anumiți operatori economici în lipsa oricărui beneficiu pentru contractul oferat.
38. În al doilea rând, cerința tehnică nou introdusă este lipsită de legătură directă cu obiectul contractului.
39. Prezentul contract are ca obiect proiectarea și livrarea unui produs nou - așa fiind, indiferent de operatorul care este câștigător, acesta va trebui să omologheze produsul nou, operațiune care este diferită de la un produs la altul.
40. Prin urmare, este lipsit de relevanță că un operator economic a omologat în trecut alt produs, având alte caracteristici față de cel ce trebuie proiect și livrat în prezenta procedură. Aceasta cu atât mai mult cu cât omologarea trenului ce este oferat în această procedură se va face raportat la o nouă legislație, anume Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisie din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului care a intrat în vigoare la 16 Iunie 2019.
41. Așadar, și din această perspectivă, este lipsită de relevanță/vreun beneficiu concret omologarea unui tren acum 15 ani/10 ani/5 ani /3 ani atât timp cât oricum produsul nou ce este oferat va trebui să treacă (i) printr-o omologare nouă, (ii) cu aplicarea unei noi legislații, (iii) ținând și cont că normativele tehnice la care s-au raportat omologările ce ar fi prezentate în justificarea punctelor aferente acestui factor de evaluare s-au modificat de-a lungul anilor.
42. În al treilea rând, o astfel de discriminare este contrară inovației în domeniu, autoritatea contractantă descurajând fără vreun temei legal ramele electrice noi, care parcurg acum procedurile de autorizare.
43. Și acest aspect a fost subliniat pe larg de Decizia civilă nr. 741/2020 a Curții de Apel București.

**IV. ARGUMENTAȚIA ÎN DREPT. NELEGALITATEA CERINȚELOR
SUPLIMENTARE FAȚĂ DE CAIETUL DE SARCINI INIȚIAL
INTRODUSE PRIN SECȚIUNEA 13.5 - SURSELE PRINCIPALELOR
ELEMENTE/ECHIPAMENTE DIN CLARIFICAREA NR.
22/402/10.11.2020**

44. Suplimentar celor de mai sus, prin Erata și Clarificarea publicate în 11.11.2020, ARF a introdus o secțiune nouă, 13.5 - *Sursele principalelor elemente/echipamente*, prin care a impus următoarele cerințe:

respectivului element / echipament, va indica resursele tehnice și umane necesare pentru această producție, inclusiv locul de producție și va include în oferta tehnică un acord preliminar din partea furnizorului respectiv.
Acest acord preliminar va confirma disponibilitatea furnizorului respectiv să livreze către ofertant elementele / echipamentele respective.
Printre altele, acordul preliminar va menționa explicit :

- Numele furnizorului,
- Numele ofertantului (în caz de asociere, membrul relevant al asocierii)
- Elemente de identificare a prezentei proceduri
- Elemente / echipamente intenționate a fi livrate de către furnizor ofertantului în cazul în care contractul este atribuit ofertantului și numărul acestora,
- Locul de producție a elementelor / echipamentelor,
- Calendarul / termenele de livrare de la data semnării contractului.

45. Această cerință este nelegală din multiple puncte de vedere.
46. În primul rând, potrivit art. 55 alin. (1) al H.G. nr. 395/2016, posibilitatea modificării unei documentații de atribuire prin erată este condiționată de incidența unei modificări obiective a informațiilor deja existente: *“În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”*.
47. În cazul de față, rațiunea modificării Caietului de sarcini prin erată a fost indicată chiar de către ARF drept emiterea Deciziei CNSC nr. 1612/C2/1711/2020. Or, prin această Decizie, CNSC

a admis contestația subscrisei și dispus anularea măsurii ARF de anulare a procedurii și obligarea autorității la continuarea acesteia.

48. Această Decizie nu îndreptățește în niciun mod ARF la introducerea unor condiții stranii și excesive privind depunerea unui “*acord preliminar*” cu fiecare furnizor al echipamentelor oferite.
49. În al doilea rând, cerința este nelegală întrucât ea este lipsită de previzibilitate, introducând o cerință subiectivă, de apreciat discreționar de către ARF. Nu există nicio definiție și niciun criteriu de apreciere a condiției “*experienței*” în producția respectivului echipament.
50. În acest mod, ARF va putea decide după bunul plac, fără a putea fi cenzurată de vreo instanță de judecată, care ofertant/furnizor este agreat de aceasta și care nu. O cerință lipsită de obiectivitate și previzibilitate încalcă principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) al Legii nr. 98/2016.
51. În acest sens, practica judiciară a arătat că “[i]n lipsa unor elemente de punctare clare și accesibile ofertanților înainte de depunerea și evaluarea ofertelor, garanția aprecierii acestora în condiții eficiente de concurență devine iluzorie” (Curtea de Apel Craiova, Decizia civilă nr. 2532/26.09.2011).
52. O astfel de formulare a unei specificații tehnice este totodată interzisă de 3 alin. (1) lit. rr) al Legii nr. 98/2016, care impune condiții caracterului obiectiv al oricărei astfel de cerințe: “*specificații tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante;*” [subl. Ns.].
53. În al treilea rând, cerința este disproporționată și excesivă față de obiectul contractului.
54. A cere depunerea odată cu oferta a unui “*acord preliminar*” cu fiecare furnizor - în cazul unei licitații care presupune și proiectare - reprezintă un obstacol excesiv în calea ofertării. Acest aspect este recunoscut în același act de autoritate contractantă, care arată în cuprinsul aceleiași secțiuni: “*În timpul implementării contractului, Furnizorul poate alege alți furnizori terți decât cei indicați în ofertă, cu condiția să fie pe deplin respectate prevederile contractului și ale caietului de sarcini.*”
55. Prin urmare, câtă vreme ARF însuși recunoaște că implementarea contractului poate fi oricând realizată cu alți furnizori terți, este complet excesiv și lipsit de legătură cu obiectul contractului a cere - odată cu ofertarea - depunerea unor “*acorduri preliminare*” cu anumiți furnizori.
56. Însăși noțiunea unui “*acord preliminar*” este neclară din punct de vedere al efectelor juridice, în realitatea reprezentând o formalitate prin care se îngreunează participarea în procedură, în mod nejustificat.
57. Câtă vreme respectivul acord nu obligă oricum la menținerea respectivului furnizor, cerința este lipsită de orice legătură cu obiectul contractului și, în orice caz, disproporționată. În acest

mod, ARF încalcă prevederile art. 155 alin. (2) al Legii nr. 98/2016 - *“Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuție a lucrărilor, fabricație a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conținutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziționate, dar cu condiția ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia.”*

58. De altfel, verificarea modalității de fundamentare a ofertei în relația cu furnizorii este reglementată printr-un instrument diferit de Legea nr. 98/2016, prevăzut de art. 210:

“(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;”

59. Așadar, în cazul unor dubii legitime cu privire la prețul oferit de un anumit ofertant, ARF deține instrumentul legal al solicitării de clarificări - obligarea tuturor ofertanților la depunerea de *“acorduri preliminare”* pentru fiecare echipament oferit constituie o dublare disproporționată și excesivă a acestui instrument.
60. Toate cele de mai sus demonstrează că Secțiunea 13.5 a Clarificării încalcă și prevederile art. 155 alin. (6) al Legii nr. 98/2016: *“Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”*

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

În probațiune, solicităm administrarea probei cu înscrisuri.

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

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