

ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
Splaiul Independenței nr.5, Sector 4
București, cod postal 050091
SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL



Cristina
22/20.01.2021

Destinatar:
MINISTERUL LUCRĂRILOR
PUBLICHE, DEZVOLTĂRII ȘI
ADMINISTRAȚIEI
com. Sector 5, București, Bul.
Libertății, nr. 16

DOSARUL NR. 4988/2/2020
Materia: Contencios administrativ și fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Recurs
Obiectul dosarului: litigiu privind achizițiile publice -
contestație atribuire dec. nr.
1568/C2/1954, 1623/03.09.2020
Complet: 9-completul 2 recurs achiziții publice

COMUNICARE HOTĂRÂRE CIVILĂ

NR. 2462/2020 DIN DATA DE 10 Decembrie 2020

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 2462/2020, pronunțată la data de 10 Decembrie 2020, de către CURTEA DE APEL BUCUREȘTI SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.

L.S. PREȘEDINTE
(stampila)



Grefier,

E.T. 05.01.2021 09:16:26, nr. comunicare: 3 din 4

261

ROMÂNIA

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. 4988/2/2020

ÎNCHEIERE

Ședința publică de la 5 Noiembrie 2020

Completul compus din:

PREȘEDINTE ROXANA CHIUARIU

Judecător CARMEN ELENA ILIESCU

Judecător CRISTINA MARIA IRIMIA

Grefier ELENA LELIA TOMA

Pe rol se află judecarea **plângerilor conexe** formulate de petentele TATRA YUG și BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT AS, împotriva Deciziei CNSC nr. 1568/C2/1954,1623 pronunțată la data de 03.09.2020, în contradictoriu cu intimatele ~~POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA~~ și MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI.

La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă pentru petenta TATRA YUG avocat Andreea Neagu, pentru petenta BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT AS avocat cu împuternicire la dosarul cauzei, iar pentru intimata POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ avocat Iustin Armașu cu împuternicire avocațială la dosarul cauzei, lipsă fiind intimatul MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefier, care învederează instanței faptul că petenta Tatra YUG a depus răspuns la întâmpinare, petenta BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT AS și intimatul MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI au depus note de ședință, după care,

Curtea pune în discuția părților excepția tardivității plângerii formulate de către petenta Bozankaya, invocată atât de petenta Tatra YUG, cât și de intimata POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA.

Apărătorul intimetei PESA arată faptul că Bozankaya nu și-a îndeplinit obligația de a comunica și părților din dosarul de la CNSC plângerea formulată în prezenta cauză, în ciuda prevederilor exprese și univoce în acest sens, respectiv art. 31 din Legea nr. 101/2016. Plângerea propriu-zisă a fost comunicată, dar aceasta face trimitere la o serie de anexe care nu au fost comunicate odată cu plângerea, în ciuda prevederilor legale. Susținerea Bozankaya din notele de ședință parvenite în cursul zilei, potrivit căreia anexele fac parte integrantă din plângere, nu fac altceva decât să consolideze temeinicia susținerilor intimetei potrivit cărora din moment ce nu au fost depuse anexele, care fac parte integranta din plângere, nu a fost comunicată nici plângerea, pe cale de consecință nu sunt respectate prevederile Legii numărul 101/2016 și se impune admiterea excepției tardivității.

În subsidiar, în situația în care se va interpreta textul legal precizat anterior în sensul în care nu s-ar impune o astfel de sancțiune pentru întreaga plângere, solicită înlăturarea din prezenta cauză a anexelor depuse odată cu plângerea, întrucât acestea nu au fost comunicate potrivit prevederilor din Legea nr. 101/2016.

Aparatorul petentei Tatra precizează că potrivit dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 101 / 2016 prin raportare la dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016, petenta avea obligația, ca în termen de 10 zile de la momentul la care i s-a comunicat planșerea, să comunice tuturor părților implicate o copie de pe planșere precum și de pe înscrisurile anexate planșerii. Bozankaya nu a făcut lucrul acesta iar sancțiunea pentru neîndeplinirea acestei obligații este foarte clar prevăzută în articolul 31 alin. (1), anume respingerea planșerii ca fiind tardivă.

În raport de aceste motive, solicită admiterea excepției tardivității și respingerea planșerii în consecință.

Aparatorul petentei Bozankaya solicită respingerea excepției tardivității, intrucât astfel cum s-a arătat, planșerea a fost depusă în termen și a fost transmisă și către părți în termen. În cadrul planșerii s-au menționat anexele și, prin urmare, anexele fac parte integrantă din planșerea transmisă, atât către sediul procesual ales cât și către sediul părților din țară în care și-au stabilit sediul. Nu apreciază că s-ar fi impus menționarea expresă în nota poștei a fiecărei anexă în parte pentru că acestea sunt individualizate, în mod clar, în planșere. Chiar și dacă, prin absurd, se apreciază ca anumite documente ar fi trebuit individualizate în nota de la poștă subliniază faptul că aceste anexă nu sunt înscrisuri noi, sunt doar pagini în extras din dosarul achiziției care au fost individualizate în cadrul în planșerii cu număr de pagină de dosarul CNSC. Astfel că nu sunt aplicabile dispozițiile articolului 31 din Legea nr. 101 / 2016.

Aparatorul intimatelor PESA, în replica, precizează că în materia achizițiilor publice sunt reguli foarte clare și termene imperatice, iar un astfel de răspuns nu își găsește locul într-o astfel de instanță în materia achizițiilor publice, respectiv faptul că s-a susținut că trebuia depuse anexele separat în nota de inventar. Precizează faptul că nu interesează modalitatea de menționare în nota de inventar, ci a susținut că într-adevăr anexele nici nu apar în nota de inventar ca dovadă a faptului că acestea nu au fost comunicate.

Curtea reține cauza în pronunțare asupra excepției tardivității planșerii formulate de către Bozankaya și în totodată acordă cuvântul asupra planșerii.

Aparatorul petentei Tatra solicită admiterea planșerii astfel cum a fost formulată, arătând că prin decizia atacată CNSC a dispus admiterea contestației formulate de PESA în contradicție cu autoritatea contractantă, în sensul anulării raportului procedurii, în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare, număr suplimentar de călători în picior și număr suplimentar de călători transportat pe scaune, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor menționate și refacerea punctajelor în consecință precum și admiterea contestației formulate de Bozankaya cu privire la acordarea punctajului pentru factorii de evaluare anterior menționați.

Cu privire la reevaluarea ofertei Tatra, sub aspectul admisibilității acesteia, s-a reținut în mod neîntemeiat faptul că oferta Tatra ar fi inadmisibilă prin prisma faptului că prin răspunsul la o serie de solicitări de clarificări avansate de către autoritatea contractantă Tatra și-ar fi modificat, în mod nepermis, propunerea tehnică, ori aceste susțineri sunt vădit neîntemeiate, în primul rând intrucât astfel cum se susține atât în jurisprudența constantă a CJUE cât și în jurisprudența constantă a CNSC în susți, atâta timp cât informațiile solicitate a fi clarificate prin respectivele solicitări de clarificări se regăsesc deja în oferta tehnică, respectiv financiară, aceste răspunsuri la solicitările de clarificări nu pot fi considerate a fi modificări nepermise care să ducă la inadmisibilitatea ofertei. O interpretare diferită ar goli de conținut prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98 care conferă dreptul autorității ca atunci când există neclarități cu privire la o anumită ofertă să solicite clarificări, respectiv a dispozițiilor art. 137 alineatul 1 din Normele Metodologice de aplicare ale Legii nr. 98 care, nu numai că conferă un astfel de drept autorității contractante, ci instituie și o obligație în sarcină acesteia de a solicita clarificări pentru a se atinge într-un final scopul procedurii de achiziție, în cazul de față cel mai bun raport calitate preț.

Din cuprinsul deciziei se desprinde, în mod incontestabil, ideea că CNSC, înainte de a se pronunța în sensul considerării răspunsurilor Tatra la solicitările de clarificări ale autorității contractante ca fiind modificări nepermise ale ofertei, nu a verificat, efectiv, în ce măsură cerințele tehnice din caietul de sarcini au fost deja îndeplinite prin oferta tehnică însăși. Astfel,

considerentele CNSC din cuprinsul deciziei s-au bazat, exclusiv, pe o serie de prezumții de aspecte circumstanțiale, cum ar fi faptul că Tatra nu ar fi indicat, în răspunsul la solicitările de clarificări, exact paginile sau secțiunile din oferta tehnică unde s-ar regăsi respectivele informații sau declarații, faptul ca autoritatea contractantă prin punctul de vedere iarăși nu a indicat paginile/secțiunile unde s-ar fi regăsit informațiile, respectiv documentele solicitate prin solicitările de clarificări, ori în atare condiții este evident că o astfel de motivare bazată primordial pe aspect circumstanțiale, respectiv prezumții nu poate fi decât neîntemeiată și nelegală, atât timp cât argumentele CNSC trebuie să fie întemeiate, primordial, pe documentele existente în dosarul de atribuire și, astfel cum s-a făcut deja dovadă atât prin plângerea formulată împotriva deciziei CNSC cât și prin răspunsul la întâmpinare și toate documentele depuse, toate aceste informații se regăseau deja în oferta tehnică depusă în timp util. Faptul că Tatra, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, nu a indicat, în mod concret, de fiecare dată, la care pagină sau secțiune din oferta tehnică s-ar regăsi informațiile solicitate a fi clarificate, nu conduce automat la ideea că informațiile respective sau condițiile caietului de sarcini nu au fost deja îndeplinite prin oferta tehnică depusă. La aceeași concluzie, de altfel, ar fi ajuns și CNSC în situația în care ar fi făcut o verificare temeinică a documentelor pe care le-a avut la dispoziție, astfel cum, de altfel și legea o obligă.

În ceea ce privește al doilea motiv pentru care s-a pronunțat decizia CNSC în sensul în care a fost pronunțată și anume factorii de evaluare arată că aceștia, în ciuda celor reținute prin decizia CNSC, au fost aplicați în mod corespunzător, în sensul în care s-a acordat punctajul maxim ofertantului care a oferit cele mai multe locuri în picioare, respectiv pe scaun, respectiv 28. Acest fapt se desprinde indubitabil din algoritmul de calcul prezentat în fișa de date care indică, în mod clar, cum urmează să se calculeze punctajul ce urma a fi oferit fiecăruia dintre ofertanți. Punctajul suplimentar la care se face referire în fișa de date se referă la un punctaj suplimentar celor șapte puncte care erau acordate pentru numărul maxim de locuri suplimentare și rațiunea avută în vedere de către autoritatea pentru aplicarea unei astfel de formule este atingerea scopului procedurii și anume obținerea celui mai bun raport calitate-preț.

În raport de toate aceste aspecte precum și de cele învederate prin plângere, răspunsul la întâmpinare și toată documentația depusă în cadrul acestui dosar solicită admiterea plângerii astfel cum a fost formulată, iar în ceea ce privește cheltuielile de judecată arată că acestea urmează a fi solicitate pe cale separată.

Curtea acordă cuvântul asupra plângerii formulate de către petenta Bozankaya, urmând ca ulterior intimata să pună concluzii cu privire la ambele plângeri ce fac obiectul prezentului dosar.

Apărătorul petentei Bozankaya solicită admiterea plângerii, cu consecința modificării în parte a decizie CNSC, în sensul menținerii deciziei autorității contractante de a declara oferta petentei ca fiind admisibilă și admiterea contestației în integralitate.

Soluția CNSC de a declara oferta petentei ca fiind inadmisibilă este netemeinică și nelegală pentru următoarele motive:

Cu privire la pretinsa modificare a ofertei petentei prin răspunsurile la solicitările de clarificări, astfel cum a arătat pe larg în plângerea formulată, nu este considerată modificare a ofertei o informație prezentată în solicitarea de clarificări care se regăsește în cuprinsul ofertei depuse. Ori, fără a verifica oferta petentei, CNSC s-a limitat, în considerentele sale, la a prelua din anexa la un proces verbal al Comisiei de evaluare. CNSC a reținut astfel, în mod greșit, că petenta și-ar fi modificat oferta.

Cu privire la mențiunea CNSC referitoare la întrebarea numărul 22 din solicitarea de clarificări prin care autoritatea contractantă a solicitat prezentarea arhitecturii sistemului informatic, arată că petenta a depus arhitectura sistemului informatic odată cu solicitarea de clarificări, dar toate aceste informații și documente se regăseau și în oferta petentei la pagina 403-413. Autoritatea contractantă nu a făcut astfel de verificări.

Cu privire la cel de al doilea aspect reținut de CNSC, respectiv neconcludența unor răspunsuri care au fost date de asociere a arătat că autoritatea contractantă avut o conduită corespunzătoare și în conformitate cu legea, aceasta a solicitat clarificări atunci când a apreciat

Așadar în ceea ce privește oferta Tatra arată că potrivit HG nr. 395/2016 oferta trebuie să fie conformă încă de la bun început, iar modalitățile prin care această ofertă trebuie să se modifice sunt expres și limitativ prevăzute de lege, respectiv în art. 134 alin. (7) și (9). Niciodată nu s-a vorbit de abateri tehnice minore, despre vicii de forma, nu s-a vorbit de nicio încadrare în aceste două excepții. Pur și simplu s-a venit cu tot felul de argumente diferite prezentate în fața entității contractante, în fața CNSC și în fața primei instanțe. Referitor lista cu materiale periculoase utilizate în timpul producției (oferta Tatra), arată că inițial s-a spus că această listă dintr-o regretabilă eroare de traducere nu a fost depusă. A anexat exact punctul în care se face trimitere la acest răspuns. Ulterior, în faza clarificărilor s-au completat documentele depuse inițial, deci este vorba de o completare a ofertei și se face trimitere la anexa 1. Sunt chestiuni univoce care rezultă, în mod foarte clar, din documentele depuse la dosar.

Nu este adus nici un argument prin care să se arate că această anexă, cerută imperativ de caietul de sarcini, a fost depusă odată cu oferta. Dacă i se părea excesivă această cerință de a depune o anexă separat pentru aceste substanțe toxice putea să facă contestație la documentația procedurii sau putea să facă solicitare de clarificări, nu să nu o depună și să vină cu trei argumente complet diferite pentru care s-a completat oferta în mod clar. De asemenea, nu s-a precizat în cadrul ofertei modul de îndeplinire a condiției privind instalația pentru comanda macazului. Aceasta a fost depusă ulterior, așa cum rezultă, foarte clar, din documentația aflată la dosarul cauzei.

Deci, iarăși este vorba de o completare nepermisă de lege a ofertei inițiale, chiar dacă ulterior, de principiu, direct în fața instanței de judecată, se aduc alte argumente. Chiar dacă entitatea contractantă solicită de la un ofertant o anumită clarificare răspunsul trebuie să fie concludent nefurnizarea unui răspuns concludent atrage o sancțiune expres prevăzută de lege.

Tatra nu a dovedit niciodată conformitatea manevrabilității conform standardului SRE 133535/1996. CNSC reține, în mod judicios, faptul că există argumente tehnice, folosind exclusiv informațiile tehnice prezentate de Tatra, potrivit cărora vagoanele furnizate de Tatra nu au cum să respecte acest standard, fiind niște chestiuni tehnice destul de simple arătate aritmetic în fața CNSC. CNSC, în mod judicios, a achiesat la susținerile intimitei și, în mod evident, atunci, în mod evident, se pune întrebarea de ce nu a fost Tatra suficient de clară în oferta depusă, de ce nu a oferit răspunsuri cu privire la aceste tehnice. La un calcul minimal se poate observa că oferta nu ar fi fost nici măcar conformă.

Față de punctajul oferit în baza factorilor de evaluare, entitatea contractantă a mai făcut o gravă eroare, corectată, în mod judicios, de CNSC. Altfel spus, în cazul dedus judecării este în documentația de atribuire, foarte bine punctat, faptul că orice pasager în plus, peste numărul de 20 de persoane, nu va fi punctat suplimentar. Asta înseamnă că, dacă un ofertant va oferta 20 de pasageri va primi punctajul maxim, dacă orice este în plus nu va fi ofertat. În cazul dedus judecării, unii ofertanți au ofertat mai mult decât acești 20 de pasageri au primit punctajul maxim, dar ceilalți, care au oferit exact numărul maxim de pasageri au fost depunctați printr-un mecanism eronat al entității contractante. Față de aceste motive se poate observa că, și din acest punct de vedere, decizia CNSC este judicioasă. Faptul că nu se poate beneficia dacă ofertezi mai mult decât 20, nu înseamnă neapărat că primești mai multe puncte, dar asta nu înseamnă că trebuie să beneficiezi, indirect, prin depunctarea celor care au oferit punctajul maxim.

În ceea ce privește plângerea formulată de Bozankaya arată că, în linii mari, sunt aceleași probleme de natură juridică, respectiv răspunsuri care nu au fost clare în fața entității contractante, respectiv modificarea sau completarea ofertei peste termenul admis și s-au extras câteva exemple din context și s-au adus argumente care nu pot fi susținute în fața instanței de judecată.

Cu titlu de exemplu arată faptul că în ceea ce privește declarația privind conflictul de interese este irelevant faptul că a fost depusă o astfel de declarație anterior, atâta vreme cât au survenit modificări și aceste declarații trebuia depuse din nou de toți ofertanții, în termenul prevăzut de entitatea contractantă, potrivit prevederilor legale. De asemenea, având în vedere că există o adresă din data de 9.06.2020, prin care se solicită transmiterea schiței detaliate a tramvaiului, cu menționarea cotelor aferente fiecărei arii, precum și calcul concret al suprafeței.

apoi o adresă din 30.06.2020 prin care se solicită același lucru, este evident că în cazul dedus judecării CNSC a reținut în mod judicios faptul că Bozankaya și-a modificat oferta și, oricum, nu a formulat răspunsuri concludente.

Legat de faptul că se interpretează foarte larg în cuprinsul acestor plângeri prevederile legale, precizează că toată documentația de atribuire trebuie interpretată, în mod clar și în mod strict, astfel încât să nu fie dezavantajați ceilalți participanți ori, tocmai acest lucru a fost cenzurat de către CNSC prin decizia dată în prezenta cauză.

Este evident că Bozankaya și-a completat oferta. Este foarte bine că CNSC, în această etapă a admis plângerea PESA pentru că este neplăcut a se ajunge în situația de a se semna contractul ca ulterior să fie reziliat, cum s-a întâmplat tot în cazul Bozankaya la Municipiul București.

Față de toate motivele solicită respingerea ambelor plângeri, iar în ceea ce privește cheltuielile de judecată precizează că își rezervă dreptul de a solicita pe cale separată.

Având cuvântul asupra plângerii formulate de către petenta Tatra aparătorul petentei Bozankaya solicită respingerea acesteia. Cu privire la factorul de evaluare arată că CNSC, în mod corect, a constatat că algoritmul de calcul nu este de natură să modifice definiția dată factorului de evaluare dată de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire. În definiția factorului de evaluare se menționează mod expres numărul de locuri și pasageri în picioare care vor fi punctați. Orice număr de locuri și de pasageri peste acest număr nu va fi punctat suplimentar, prin urmare simplu fapt că există un algoritm de calcul mai jos nu este de natură să modifice o definiție clară și precisă a factorului de evaluare. Față de aceste argumente solicită respingerea plângerii Tatra.

Având cuvântul, în replica față de susținerea aparătorului intimat PESA, aparătorul petentei Tatra arată că problema de fond ridicată și care este principalul punct de la care trebuie să se pornescă este faptul că oferta tehnică a fost conformă, conținea absolut toate informațiile și documentele prevăzute în caietul de sarcini. Faptul că autoritatea a simțit nevoia să solicite anumite clarificări pe care societatea le-a dat nu este de natură a fi interpretat drept o modificare a ofertei inițiale. Problema de fond este faptul că oferta tehnică a fost conformă încă de la început, conformă completă.

Cu privire la ce-a de-a doua chestiune, respectiv această tardivitate a aparătorilor formulate de Tatra în cadrul plângerii arată că nu i se aplică nici o astfel de tardivitate. În primul rând cererea de intervenție formulată în fața CNSC este o cerere de intervenție voluntară, pe care putea sau nu să o facă, iar dacă nu o făcea nu înseamnă că nu avea dreptul să formuleze plângere. Dar pentru că era persoana vătămată, iar conform legii avea dreptul să formuleze plângere. Dar dincolo de această chestiune, tardivitatea aparătorilor, așa zis suplimentare, se aplică exclusiv contestatorului, nicidecum intervenientului.

Un al treilea aspect este acela că nu a fost nevoie să formuleze contestație la documentația procedurii sau să formuleze solicitări de clarificări intrucât pentru societate documentația procedurii a fost extrem de clară și s-a conformat.

În ceea ce privește plângerea formulată de petenta Bozankaya solicită ca aceasta să fie respinsă în primul rând ca tardivă și, în subsidiar, ca neîntemeiată pentru motivele indicate în întâmpinare.

Aparătorul petentei Bozankaya, având cuvântul în replica, față de susținerea intimatului PESA arată că, în ce va ce privește declarația privind conflictul de interese, această declarație a fost depusă cu oferta, în varianta solicitată și necesară la momentul depunerii ofertei. Faptul că autoritatea contractantă a solicitat modificarea acesteia, nu înseamnă că a făcut o modificare a ofertei, astfel cum pretinde PESA. Această modalitate formală de a retrasmite decizia nu este de natură să conducă la modificarea ofertei, fiind doar un aspect formal care nu afectează pe nimeni. De asemenea precizează că apărătorii PESA sunt exclusiv formale, având avantajul că CNSC a trecut cu ușurință peste deciziile autorității contractante.

Astfel, potrivit aparătorilor acestei societăți, în realitate PESA fost nedreptățit pentru că doar din aspecte formale ceilalți participanți în procedura au fost cumva avantajați. Capacul la această apărare este invocarea informațiilor din presă cum că Bozankaya ar fi pierdut contractul cu

269

Primăria Municipiului București cu privire la cele 100 de troleibuze, afirmație care nu are nicio relevanță ceea ce dovedește încă o dată că toate aceste apărări în fața instanței sunt formale și că în realitate nu sunt chestiuni de fond.

Curtea, în temeiul art. 394 alin. 1 C.pr.civ., coroborat cu art. 494 C.pr.civ., declară dezbaterile închise și reține cauza în pronunțare, atât asupra excepției tardivității introducerii plângerii de către Bozankaya, cât și asupra fondului celor două plângeri.

CURTEA,

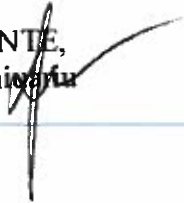
Având nevoie de timp pentru a delibera, în baza art. 396 alin.1 C.pr.civ., coroborat cu art. 494 C.pr.civ., urmează a amâna pronunțarea, motiv pentru care,

DISPUNE:

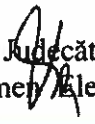
Amână pronunțarea la 12 noiembrie 2020.

Pronunțată azi, 5 noiembrie 2020, prin punerea soluției la dispoziția părților prin intermediul grefei instanței.

PREȘEDINTE,
Roxana Chioarță



Judecător.
Carmen Elena Iliescu



Judecător,
Cristina Maria Irimia



Grefier
Elena Lelia Toma



ROMANIA

CURTEA DE APPEL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. 4988/2/2020

ÎNCHIERE

Sedința publică de la 12.11.2020

INSTANȚA

În aceeași compunere și pentru aceleași motive

PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DISPUNE

Amână pronunțarea în cauză la data de 18.12.2020.

Pronunțată în ședința publică de la 12.11.2020.

PREȘEDINTE,
Roxana Ciuharu

Judecător,
Carmen Elena Iliescu

Judecător,
Cristina Maria Irimia

Grefier
Elena Lelia Toma

861

ROMÂNIA

266

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. 4988/2/2020

ÎNCHEIERE
Ședința publică de la 25.11.2020

INSTANȚA

În aceeași compunere și pentru aceleași motive

PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DISPUNE

Amână pronunțarea în cauză la data de 03.12.2020.

Pronunțată în ședința publică de la 25.11.2020.

PREȘEDINTE
Roxana Chiuanu

Judecător,
Carmen Elena Iliescu

Judecător,
Cristina Maria Irimia

Grefier
Elena Lelia Toma

ROMÂNIA

CURTEA DE APÊL BUCUREȘTI
SECȚIA A IX-A CONȚENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. 4988/2/2020

DECIZIE CIVILĂ NR. 2462

Sedința publică de la 10 Decembrie 2020

Completul compus din:

PREȘEDINTE ROXANA CHIUVARIU
Judecător CARMEN ELENA ILIESCU
Judecător CRISTINA MARIA IRIMIA
Grefier ELENA LELIA TOMA

Pe rol se află judecarea plângerilor conexate formulate de petentele TATRA YUG și BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT AS, împotriva Deciziei CNSC nr. 1568/C2/1954,1623 pronunțată la data de 03.09.2020, în contradicție cu intimatele POJADY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA și ADMINISTRATIEI PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRATIEI. Debaterea a avut loc în cadrul ședinței publice de la data de 05.11.2020, fiind consemnate în cuprinsul încheierii de ședință de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când instanța, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de 12.11.2020, 18.11.2020, 25.11.2020, 03.12.2020, respectiv 10.12.2020, când a hotărât următoarele:

CURTEA,

Prin cererea înregistrată sub nr. 4988/2/2020 petenta **TATRA - YUG**, a formulat plângere împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („CNSC”) nr. „2/1954,1623 din data de 03.09.2020 în contradicție cu intimații **Pojady Szynowe Pesa Bydgoszcz SA** și **BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş.**, prin care, a solicitat, în temeiul dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101 în principal, admiterea plângerii împotriva Deciziei, și pe cale de consecință, modificarea parțială a Deciziei, în sensul respingerii contestațiilor formulate de Pesa și Bozankaya împotriva raportului procedurii nr. 101887/24.07.2020 („Raportul Procedurii”) -, emis de **Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației**, în calitate de autoritate contractantă, respectiv

- respingerea solicitării Pesa de reevaluare a ofertei Tatra sub aspectul admisibilității acesteia;
- respingerea solicitărilor Pesa și Bozankaya de reevaluare a ofertei sub aspectul modulului de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune;

În subsidiar, în situația improprie a menținerii Deciziei în ceea ce privește reevaluarea ofertei sub aspectul modulului de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, anularea

- Suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea prezentei plângeri;
- Obligarea Intimatelor la plata cheltuielilor generate de judecarea prezentei cauze.

În motivarea plângerii a arătat următoarele:

Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației („Autoritatea Contractantă”) a publicat la data de 25.12.2019 Anunțul de Participare nr. CN1017938 cu privire la procedura de atribuire având ca obiect achiziția a 17 tramvaie de cca. 25 m destinate transportului public urban de călători, valoarea estimată a acestei proceduri fiind de 170.000.000 lei (preț fără TVA).

La data de 24.07.2020 a fost publicat Raportul Procedurii, conform căruia, în urma evaluării ofertelor depuse toate cele patru oferte depuse au fost declarate admisibile; iar, după aplicarea criteriului de atribuire a rezultat următorul clasament

- Locul I: oferta depusă de Tatra, având un punctaj total de 91,10 puncte / 100 puncte, din care punctaj ofertă financiară - 80 puncte și punctaj ofertă tehnică - 11,10 puncte;
- Locul II: oferta depusă de Bozankaya, având un punctaj total de 90,88 puncte, din care punctaj ofertă financiară - 74,28 puncte și punctaj ofertă tehnică - 16,60 puncte;
- Locul III: oferta depusă de Pesa, având un punctaj total de 83,24 puncte, din care punctaj ofertă financiară - 69,64 puncte și punctaj ofertă tehnică - 13,60 puncte; și
- Locul IV: oferta depusă de Durmazlar Makine San. Ve Tic A.S., având un punctaj total de 79,69 puncte, din care punctaj ofertă financiară - 65,69 puncte și punctaj ofertă tehnică - 14 puncte.

3. în atare condiții. prin Comunicarea Rezultatului procedurii Nr. 102110/24.07.2020 - Anexa 3 - Tatra a fost informată cu privire la declararea drept câștigătoare a ofertei sale.

Împotriva Raportului Procedurii au formulat contestație ofertanții ale căror oferte au ocupat locurile II și III, respectiv Bozankaya și Pesa.

5. Astfel, Bozankaya, prin contestația formulată, a solicitat CNSC

5.1. „anularea Comunicării rezultat procedură nr. 102109/24.07.2020, a Comunicării rezultat procedură 102110/24.07.2020 și a Raportului procedurii 101887/24.07.2020 emise de Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației; ”

5.2. „obligarea autorității contractante să reevalueze oferta subscrisei și oferta ofertantului declarat câștigător Tatra Yug, cu consecința declarării ofertei subscrisei ca fiind câștigătoare. ”

Iar prin contestația formulată, a solicitat CNSC

- „anularea parțială a Raportului procedurii nr. 101887/24.07.2020 comunicat de Autoritatea contractantă prin intermediul SICAP la data de 24.07.2020 („Raportul”) în ceea ce privește declararea ofertei Pasa drept necâștigătoare și, respectiv, declararea ofertelor depuse de Tatra -Yug, respectiv Bozankaya Otomotiv Makina Imalat Ithalat Veihracat A.Ş. drept admisibile, și a ofertei Tatra -Yug drept câștigătoare și anularea oricăror alte acte juridice subsecvente emise de Autoritatea contractantă în acest sens, inclusiv a comunicărilor rezultatului procedurii transmise participanților la Procedură. Pe cale de consecință, se impune anularea deciziei Autorității contractante prin care a declarat necâștigătoare oferta Pesa, ofertele depuse de Tatra - Yug și Bozankaya Otomotiv Mak Iml, Ith. Ve Ihr A.Ş. drept admisibile, iar oferta Tatra - Yug drept câștigătoare; ”

- „obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de Tatra — Yug și Bozankaya Otomotiv Mak Iml, Ith. Ve Ihr A.Ş. din punctul de vedere al admisibilității în sensul declarării acestor oferte drept inadmisibile; ”

- „obligarea Autorității contractante la reaplicarea criteriului de atribuire și refacerea clasamentului ofertanților, cu consecința declarării ofertei Pesa drept câștigătoare ”.

Prin cererile de intervenție formulate în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea 101 a solicitat, printre altele respingerea contestațiilor Pesa și Bozankaya, acestea fiind vădit nefondate și pe cale de consecință menținerea ca temeinic și legal a Raportului Procedurii cu privire la declararea ofertei Tatra ca fiind admisibilă, menținerea clasamentului ofertanților și menținerea ofertei subscrisei drept câștigătoare.

Cu privire la contestațiilor formulate de Pesa și Bozankaya, CNSC a pronunțat Decizia, prin care a dispus:

Admiterea contestației formulate de Pesa în contradictoriu cu Autoritatea Contractantă, în sensul (i) anulării Raportului Procedurii, în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I (i.e. oferta Tatra) și II (i.e. oferta Bozankaya) în clasament, precum și III în modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, alături de actele subsecvente;

108

Obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertelor menționate, și la refacerea punctajelor obținute de ofertele admisibile, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivarea Deciziei, în termen de 20 de zile de la primirea acesteia;

Incuviințarea, în principiu, și respingerea cererilor de intervenție formulate de Tatra și Bozankaya cu privire la contestația Pesa;

Admiterea contestației formulate de Bozankaya cu privire la acordarea punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în piciorare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune și respingerea ca rămase iară obiect a criticilor privitoare la admisibilitatea ofertei Tatra - Yug;

Incuviințarea, în principiu, și respingerea cererii de intervenție formulată de Tatra cu privire la contestația Bozankaya.

Oferta Asocierii este admisibilă, aceasta fiind acceptabilă și conformă cu cerințele tehnice prevăzute în documentația de atribuire

Sintetizând, CNSC a reținut prin Decizie, în mod neîntemeiat, că oferta Tatra nu ar fi admisibilă prin prisma faptului că prin răspunsurile la o serie de clarificări solicitate de Autoritatea Contractantă, Tatra ar fi completat / modificat oferta tehnică.

1). în legătură cu aceste alegații a arătat în primul rând că acestea sunt vădit neîntemeiate, Tatra, urmarea a solicitărilor de clarificări venite din partea Autorității Contractante nefăcând altceva decât să clarifice anumite aspecte privind oferta sa tehnică.

Asfel, conform art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice („Legea 98”) în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparențe.

În plus, conform art. 137 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016 („Normele de aplicare”) „Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.”

Asadar, conform dispozițiilor mai sus citate rezultă neîndoieșnic faptul că Autoritatea Contractantă nu numai că are dreptul de a solicita clarificări în situația prevăzută la art. 209 alin. (1) din Legea 98, ci îi și incumbă o astfel de obligație.

Obligația de a solicita clarificări stabilită în sarcina Autorității Contractante derivă din aceea că, invariabil, în cadrul procedurilor de achiziție publică sunt utilizate fonduri publice (naționale sau de altă natură) în vederea achiziționării de produse/lucrări/servicii, indiferent că e o cauză de utilitate publică sau nu. în atare condiții, în cadrul acestor proceduri vorbim întotdeauna de un interes public. anume acela de optimizare a utilizării fondurilor publice.

Aplicat, acest fapt impune depunerea din partea Autorității Contractante a tuturor diligențelor necesare în vederea obținerii produsului/lucrării/serviciului ce oferă soluția optimă atât din punct de vedere tehnic, cât și din punct de vedere financiar.

Asfel, conform Fișei de Date, II.2.5) - Anexa 4 -, criteriul de atribuire indicat de Autoritatea Contractantă îl reprezintă „Cel mai bun raport calitate - preț”. Cel mai bun raport calitate - preț.

Tocmai în asigurarea atingerii scopului urmărit, anume de a obține oferta cu cel mai bun raport calitate - preț, s-a instituit în sarcina Autorității Contractante obligația, ca înainte de a respinge o ofertă ca neconformă, neadecvată etc pentru niște pure formalități fără legătură cu substanța respectivei oferte, de a obține clarificări de la ofertanți atunci când există neclarități în ceea ce privește propunerile tehnice sau financiare ale acestora.

Bineînțeles, nu contrazice argumentația CNSC referitoare la faptul că Autoritatea Contractantă are obligația de a respecta cu strictețe condițiile impuse chiar de ea, precum și dispozițiile legale în vigoare, dar tocmai în respectarea acestei obligații atât condițiile prevăzute în documentația de

atribuire, cât și dispozițiile legale trebuie interpretate în nu numai luând în considerare litera legii, ci și spiritul ei.

Iar astfel scopul procedurilor de achiziție publică este în primul rând acela de a proteja un interes public care prevalează în fața interesului privat al ofertanților, operatori economici.

Revenind la argumentația CNSC din cuprinsul Deciziei a arătat că singurul impediment privind solicitările de clarificări / răspunsurile la solicitările de clarificări este prevăzut la art. 134 alin. (6) din Normele de aplicare, anume fin 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

Așadar, doar în situația în care prin răspunsul la solicitările de clarificări ale Autorității Contractante Tatra ar fi modificat conținutul propunerii tehnice, oferta sa ar fi putut fi calificată drept inacceptabilă.

Ori, nici răspunsul la clarificarea nr. 63531/30.04.2020 transmis prin adresa 87/06.05.2020 - Anexa 5 - și nici răspunsul la clarificarea nr. 69840/15.05.2020 transmis prin adresa 89/21.05.2020 - Anexa 6- nu se pot încadra în categoria modificărilor la propunerea tehnică care să atragă inadmisibilitatea ofertei Tatra, întrucât toate informațiile solicitate de Autoritatea Contractantă se regăseau deja în documentația anexată propunerii tehnice, răspunsurile menționate nereprezentând altceva decât confirmări / clarificări cu privire la îndeplinirea cerințelor tehnice a produselor oferite.

Punctual:

A. Cu privire la Lista materialelor periculoase utilizate în timpul producției - răspunsul la clarificarea nr. 63531/30.04.2020

Conform cerinței din Caietul de Sarcini art. 6.2 „Materiale”: „Materialele trebuie să fie rezistente antivandalism, antigraffiti și în caz de deteriorare să nu producă așchii și/sau muchii tăioase care să afecteze sănătatea călătorilor. Materialele utilizate pentru producția tramvaielor nu trebuie să reprezinte un pericol pentru sănătatea personalului responsabil pentru reparații și întreținere, precum și pentru vatman și călători.

Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase, producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolului pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanței, modalitățile de depozitare și reciclare ”

Cu privire la această cerință, în art. 6.2. din formularul de ofertă tehnică a arătat că „Materialele vor fi rezistente antivandalism, antigraffiti și în caz de deteriorare nu vor produce așchii și/sau muchii tăioase care să afecteze sănătatea călătorilor. Materialele utilizate pentru producția tramvaielor nu reprezintă un pericol pentru sănătatea personalului responsabil pentru reparații și întreținere, precum și pentru vatman și călători. În producția noastră nu utilizăm materiale periculoase.

Solicitarea de clarificare a Autorității Contractante cu privire la îndeplinirea cerinței din Caietul de Sarcini art. 6.2 se referea strict la afirmația conform căreia „În producția noastră nu utilizăm materiale periculoase. Ceea ce am explicat de fapt este aceea că (1) în producția Tatra nu sunt folosite materiale periculoase în sensul Directivelor 202/95/CE, 2011/65/UE, 2015/863, cunoscute drept Restricții privind Substanțele Periculoase 1,2,3 („RoHS”), precum și faptul că (2) materialele folosite nu reprezintă un pericol pentru sănătatea oamenilor, întrucât sunt utilizate în limitele de siguranță impuse de legislația în vigoare.

•Astfel, în UE utilizarea materialelor periculoase este restricționată de RoHS (care reglementează limita exactă de concentrație a materialelor periculoase, după cum urmează:

- Cadmiu (Cd): < 100 ppm
- Plumb(Pb): < 1000 ppm
- Mercur (Hg): < 1000 ppm
- Clorom Hexavalent: (Cr VI) < 1000 ppm
- Binefili Polibromurați (PBB): < 1000 ppm
- Eteri difenilici polibromați (PBDE): < 1000 ppm
- Bis (2-etilhexil) ftalat (DEHP): < 1000 ppm
- Ftalat de benzii butii (BBP): < 1000 ppm
- Ftalat de dibutil (DBP): < 1000 ppm

• Fiatal de dizobutil (DIBP): < 1000 ppm

În producția sa, Tatra nu utilizează o serie dintre materialele periculoase enumerate în directivele menționate. Așadar, în vederea observării condițiilor prevăzute în documentația de atribuire, am depus, odată cu oferta tehnică (pag. 471 - 496) declarațiile de conformitate ale producătorilor de piese de schimb încorporate în produsul final care sunt listate ca fiind materiale periculoase și limitele folosite lor conform Directivei menționate. Pentru celelalte materiale, cum sunt vopselele și substanțele anticorozive, am depus odată cu oferta tehnică, lista cuprinzând numele materialelor periculoase, producătorii, modalitatea de utilizare etc. (pag. 503-506) - Anexa 8, unde se menționa clar faptul că toate materialele sunt utilizate în conformitate cu Directiva 2004/42/CE. Același Directivă reglementează VALORILE LIMITĂ DE CONȚINUT VOC (compus organic volatil) pentru vopsele și lacuri și VALORI LIMITĂ MAXIME DE CONȚINUT VOC PENTRU PRODUSELE DE REFINIS ARE VEHICULE. În atare condiții, prin oferta tehnică depusă am confirmat că aceste materiale sunt utilizate în limitele permise prin Directiva 2004/42/CE. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări am învederat faptul că proprietățile periculoase se pot manifesta numai în situația în care se încalcă standardele de siguranță în timpul utilizării, ceea ce înseamnă că atunci când sunt folosite corect nu sunt periculoase.

Așadar, afirmația conform căreia, „În producția noastră nu utilizăm materiale periculoase.”, se referă strict la faptul că Tatra nu utilizează în producția sa materiale periculoase, în conformitate cu RoHS, ceea ce este și dovedit prin documentele depuse în acest sens.

B. Răspunsul la întrebările 1 și 3 din clarificarea nr. 69840/15.05.2020 transmis prin adresa 89/21.05.2020

Caietul de Sarcini prevede la punctul 7.8 Instalația pentru comanda macazului „Transponderul pentru comanda macazului va fi compatibil cu sistemul de automatizare și comanda a macazurilor electrice aflat în exploatarea sistemului (valabil pentru utilizatorii unde este disponibil acest sistem, tipul sistemului va fi comunicat de către utilizatorul ofertantului declarat câștigător). În prezent, utilizatorul nu deține sisteme de comandă a macazurilor prin transponder, fiind acceptat orice sistem de comandă corepunzător celor mai moderne soluții în domeniu. De asemenea, în dotarea macazului există două macazuri comandate prin sanie de pantograf (prize de curent)”, reprezentând doar o informare din partea utilizatorului cu privire la sistemele ca nu în dotarea acestuia, mai exact că în prezent nu deține niciun fel de sistem de comandă prin transponder, nicidecum o certină a Caietului de Sarcini.

Cu privire la această condiție, i.e. art. 7.8 Instalația pentru comanda macazului în Formularul de oferta tehnică a indicat: „Comanda schimbării macazului va fi efectuată de către valman din cabina de conducere. Tramvaiul va fi dotat cu două sisteme de comandă prin transponder, respectiv prin curent absorbit din rețeaua de contact.” - Anexa 9.

În orice caz, pentru a confirma existența transponderului și a felului în care funcționează, a depus schemele electrice la paginile 332 și 345 din propunerea tehnică - Anexa 10. Astfel, se poate observa cu claritate faptul că au fost depuse încă de la început, și nu doar în faza clarificărilor solicitate de Autoritatea Contractantă, astfel cum nimeni nu se susține prin Decizie.

Prin urmare, raportat la cele de mai sus, cu privire la răspunsul nr. 1 din clarificarea nr. 69840/15.05.2020 nu se poate reține sub nicio formă faptul că ar putea reprezenta ceva mai mult decât o simplă confirmare a cerinței deja îndeplinite.

Raționamentul din cuprinsul Deciziei conform căruia atât timp cât Autoritatea Contractantă a afirmat în cuprinsul solicitării de clarificare că mențiunea prezentată la paragraful 30 de mai sus nu s-ar regăsi în cuprinsul propunerii tehnice, respectiv conform căruia „nici măcar societatea intervenientă nu face vreo trimitere la conținutul propunerii tehnice care să susțină preținsa completare formală sau de confirmare”, deci cerința de la punctul 7.8 din Caietul de Sarcini, în opinia

809

CNSC, nu este îndeplinită, se bazează exclusiv pe chestiuni formale și indirecte, contrazise flagrant de paginile 332 și 345 din propunerea tehnică.

Referitor la întrebarea nr. 3 din clarificarea nr. 69840/15.05.2020, anume, având în vedere mențiunea caietului de sarcini: „Conexiune serială RS232 (485), IBIS conform VDV301 (sau echivalent) ” și ținând cont ca nu se regăsește informația în cadrul propunerii tehnice prezentate, va rugăm clarificați arătăm că în ciuda celor reținute prin Decizie, respectiv chiar în cuprinsul întrebării menționate, toate acestea informații se regăseau deja în propunerea tehnică după cum urmează:

Conexiunea serială RS232 (485) este reprezentată în oferta originală la paginile 331, 569 și 583.

Astfel faptul că prin răspunsul la această solicitare de clarificare am ales să oferim clarificări suplimentare celor prezentate deja în propunerea tehnică, nu echivalează, contrar raționamentului CNSC cu faptul că această cerință nu a fost deja îndeplinită prin oferta tehnică depusă.

În atare condiții, punctul de vedere al Autorității Contractante cu privire la aceste aspecte, precum și ce valoare a ales să îi dea CNSC este lipsit de relevanță.

În orice caz, cu titlu general, arătăm că Autoritatea Contractantă nu a cerut doar Tatra solicitări de clarificări, acestea fiind solicitate tuturor ofertanților, cu respectarea principiului tratamentului egal, al transparenței, fără scopul de a crea vreun dezavantaj, respectiv avantaj vreunui dintre aceștia.

În atare condiții, a solicitat să se constate că oferta Tatra a fost declarată admisibilă cu respectarea tuturor dispozițiilor prevederilor legale aplicabile și să se dispună în consecință.

Îndeplinirea condiției privind respectarea Standardului SR 13353-5:1996

În Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare Nr. 25598/13.02.2020, la întrebarea 10, unde se solicita să: „.... În plus, vă rugăm să stabiliți, de asemenea, locurile critice din rețeaua de tramvai (stații pe curba, clădiri sau alte obstacole din zona limitrofă căii ferate neconforme cu standard SR 13353-5 etc.). Vă rugăm să ne furnizați desenele vehiculelor aflate în circulație actual cu dimensiunile lor de bază (lungimea, distanța dintre boghiuri, distanța dintre axele boghiurilor, lățimea vagoanelor precum și alții parametrii geometrici). Acest lucru ne va permite de a determina siguranța trecerii a tramvaielor oferite pe lângă celor exploatate anterior.” Răspunsul la întrebarea nr. 10 a fost în sensul că: „În depou raza minimă este de 20 m. Tipul de vehicule aflate în exploatarea beneficiarului UAT Municipiul Craiova este KT 4 D, GT 6 și T4DMTTB. Alte detalii vor fi comunicate de către utilizator ofertantului declarat câștigător.”

Din acest răspuns se desprinde cu claritate că toți participanții puteau calcula manevrabilitatea doar prin raportare la radiusul minim și la dimensiunile tramvaiului. Nicio informație suplimentară nu era disponibilă.

Așadar, în formularul de ofertă tehnică la art. 6.5 Caracteristici funcționale (manevrabilitate) pe care l-a confirmat, a confirmat Caracteristicile minime funcționale ale tramvaielor, iar la pagina 645 din propunerea tehnică am prezentat schema manevrabilității, care respecta cerințele SR 13353-5, deci cerințele impuse prin Caietul de Sarcini - Anexa 13. Așadar, prin aceasta cerința a fost pe deplin satisfăcută.

III. Autoritatea Contractantă a aplicat corect factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune

Prin Fișa de Date a achiziției la cap. II.2.5 au fost stabiliți, pentru aplicarea criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț” mai mulți factori de evaluare, printre care se regăsesc și Număr suplimentar călători transportați în picioare, respectiv Număr suplimentar călători transportați pe scaune, astfel:

II. 1. Factor: Număr suplimentar călători transportați (maxim 14 puncte -14%)

II. 1.1. Număr suplimentar călători transportați în picioare (maxim 7 puncte - 7%)

Tramvaiele vor avea o capacitate de transport totală de minim 140 călători transportați în picioare. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați în picioare, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este 20. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane, nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:

a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare ofertat se acordă punctajul maxim de 7 puncte;

b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel: $P(n) =$ (număr locuri suplimentare în picioare ofertat) / cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare) x punctaj maxim alocat.

II. 1.2. Număr suplimentar călători transportați pe scaune (maxim 7 puncte - 7%)
Tramvaiele vor avea o capacitate de transport de minim 50 persoane pe scaune fixe, nerabatabile, din care minim 6 accesibile din low floor. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați pe scaune, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este de 8. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare pe scaun mai mare de 8 nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:
a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar ofertat se acordă punctajul maxim de 7 puncte;
b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel: $P(n) =$ (număr locuri suplimentare pe scaun ofertat) / cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați pe scaune) x punctaj maxim alocat.

Așadar, fie că vorbim de factorul Număr suplimentar călători transportați în picioare, fie că vorbim de cel Număr suplimentar călători transportați pe scaune formula de calcul a punctajului este aceeași, în sensul că punctajul maxim, i.e. 7 puncte, se acordă pentru cel mai ridicat număr suplimentar ofertat (NOTA BENE: cel mai ridicat număr suplimentar, iar nu numărul maxim de 20, respectiv 8 locuri), iar pentru ofertele cu un număr mai mic de locuri decât cel prezentat mai sus, se aplică următoarea formulă: $P(n) =$ (număr locuri suplimentare pe scaun ofertat) / cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați pe scaune) x punctaj maxim alocat.

În acest fel a procedat și Autoritatea Contractantă, care, de altfel, este chiar autoarea Fișei de Date, deci intenția „legiuitorului” a fost în sensul acordării punctajului maxim celui mai mare număr de locuri suplimentare, care ar fi putut fi la fel de bine 1,8,20 sau mai mult, iar nu ofertei ce oferea numărul maxim de locuri de 20, respectiv 8 cum greșit a fost interpretat prin Decizie.
Accesă concluzie se desprinde și din faptul că în cadrul altor proceduri de achiziție desfășurate de aceeași Autoritate Contractantă, cum ar fi spre exemplu procedura CN1008214, CN1022480 și respectiv, CN 1008409 - Anexa 12, aceeași a specificat în mod expres că va fi luat în considerare doar numărul maxim de locuri suplimentar prevăzut în Fișele de Date, lucru care se desprinde cu claritate de modalitatea de calcul al punctajului.
Așfel cu titlu de exemplu, în ceea ce privește procedura CN1008214, Autoritatea Contractantă a dispus ca

„ Algoritm de calcul: a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar ofertat se acordă punctajul maxim alocat.”
b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă

maxim de 5 puncte; b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel: $P(n) =$ (număr locuri suplimentare pe scaun/S) x punctaj maxim alocat.
Deci, acolo unde Autoritatea Contractantă a înțeles să puncteze cu punctaj maxim doar numărul maxim suplimentar de locuri a procedat în consecință, după cum se poate observa cu claritate din Fișele de Date aferente procedurilor CN 1008214, CN 1022480 și CN 1008409. Ori, în ceea ce privește prezenta procedură Autoritatea Contractantă nu a procedat la fel, alegând să puncteze cu punctaj maxim oferta cu numărul cel mai mare de locuri, chiar dacă acesta depășește numărul maxim de locuri suplimentare prevăzute în Fișa de Date.

Prevederea de care se prevalează atât Pesa și Bonzakaya, respectiv CNSC anume că „Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane, nu va fi punctată suplimentar”, respectiv „Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 8 de persoane,

nu va fi punctată suplimentar.”, nu se aplică scoringului acordat ofertei Tatra, întrucât nu s-a pus niciodată problema de acordare a unui punctaj mai mare de 7 puncte (i.e. punctaj suplimentar) nici cu privire la factorul de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare, respectiv Număr suplimentar călători transportați pe scaune.

Rațiunea pentru care Autoritatea Contractantă a ales să acorde punctaj maxim ofertei cu cele mai multe locuri suplimentare în picioare, respectiv pe scaun, vine tocmai în aducerea la îndeplinire a criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț”.

Suplimentar, a arătat că în Fișa de Date se menționează de asemenea, drept factor de evaluare că fii umărul minim de ani pentru garanția extinsă, care va fi punctată este de 1 an suplimentar perioadei de garanție obligatorie, iar numărul maxim este de 5 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie. Orice ofertă cu un număr de ani de garanție extinsă mai mare de 5 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul: a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar oferit se acordă punctajul maxim de 6 puncte; b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la Ut. a punctajul se acordă astfel: $P(n) = (\text{număr ani garanție extinsă oferit } (n) / \text{numărul maxim de ani oferit}) \times \text{punctaj maxim alocat}$

Concret, în ceea ce privește oferta sa, calculul a fost: $1 (1 \text{ an suplimentar oferit de noi}) / 2 (\text{numărul maxim de ani oferit de competitori}) * 6 (\text{scorul maxim})$. Deci, în concordanță cu raționamentul urmat de Autoritatea Contractantă în ceea ce privește modalitatea de punctare a factorilor de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare, respectiv Număr suplimentar călători transportați pe scaune, s-a avut în vedere numărul de ani maxim oferit, iar nu numărul maxim prevăzut în descrierea factorului de evaluare, i.e. 5 ani, pentru că astfel cum a menționat mai sus ceea ce prezintă relevanță este numărul maxim oferit, fie că este inferior numărului indicat în Fișa de Date, fie că este superior acestuia, iar nu numărul maxim indicat în Fișa de Date.

Așadar, dacă se ajunge la concluzia că trebuie reevaluat punctajul în ceea ce privește numărul suplimentar de pasageri pe scaun, respectiv în picioare, pentru identitate de rațiune ar trebui să se realizeze o reevaluare a ofertelor și prin prisma factorului privind anii suplimentari de garanție.

Așadar, și cu privire la acest aspect raționamentul din Decizie este un excesiv de formal, care nu are în vedere scopul procedurii de achiziție derulată de Autoritatea Contractantă, anume urmărirea interesului public, iar nu pe cel al interesului privat al operatorilor economici, motiv pentru care se impune modificarea acesteia și sub acest aspect.

În subsidiar, în situația improbabilă a menținerii Deciziei în ceea ce privește reevaluarea ofertelor sub aspectul modului de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în picioare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, se impune anularea Procedurii, întrucât ca urmare a dispunerii acestei măsuri de remediere ne-am afla în ipoteza prevăzută la art. 212 alin. (1) lit. d), scopul procedurii de atribuire nemaiputând fi atins în mod corespunzător.

Față de toate aceste considerente, a solicitat admiterea plângerii așa cum a fost aceasta formulată.

În drept, art. 29 din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte prevederi legale la care a făcut referire în cuprinsul prezentei plângeri.

Intimatul MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI (MLPDA) – a formulat notă scrise la cererea de chemare în judecată formulată de către TATRA-YUG, solicitând admiterea plângerii, pentru următoarele considerente:

Prin prezenta plângere formulată împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC), NR. 1568/C2/195 din data de 03.09.2020, în contradictoriu cu POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.S, TATRA-YUG a solicitat:

în principal, admiterea plângerii împotriva Deciziei, modificarea parțială a Deciziei, în sensul respingerii contestațiilor formulate de Pesa și BOZANKAYA împotriva raportului procedurii nr. 101887/24.07.2020 („Raportul Procedurii”) emis de MLPDA, în calitate de autoritate contractantă, respectiv:

- respingerea solicitării Pesa de reevaluare a ofertei Tatra sub aspectul admisibilității acesteia;

- respingerea solicitărilor Pesa și BOZANKAYA de reevaluare a ofertelor sub aspectul modului de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în piciorare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune;

în subsidiar, suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea prezentei plângeri și obligarea intimatelor la plata cheltuielilor generate de judecarea cauzei.
Prin Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC), NR. 1568/C2/195 din data de 03.09.2020, CNSC a decis următoarele:
- a admis contestația formulată de către POJADZY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, în contractiv cu instituția noastră, în calitate de autoritate contractantă, a anulat Raportul procedurii nr. 101887/24.07.2020 în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I și II în clasament, precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare, Număr suplimentar călători transportați în piciorare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, alături de actele subsecvente.

- a obligat la reevaluarea ofertelor menționate, și la refacerea punctajelor obținute de ofertele admisiibile, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei. A încuviințat în principiu cererea de intervenție formulată TATRA-YUG și, respectiv BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș.
- a admis contestația formulată de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș. în contractiv cu instituția noastră în calitate de autoritate contractantă, conform motivării, în partea referitoare la acordarea punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în piciorare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune;

- a respins ca rămasă fără obiect, criticile din cuprinsul acesteia, privind admisibilitatea ofertei TATRA-YUG.
A învederat că în prezentul litigiu, instituția sa nu are calitate de intimat, intrucât petentul a înțeles să se judece exclusiv cu POJADZY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA și BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș.
De altfel, în temeiul dispozițiilor art. 18 alin.(1) din Legea nr. 101/2016, instituția sa a formulat câte un punct de vedere argumentat în drept și în fapt, în legătură cu contestațiile depuse de către POJADZY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA și BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș., în sensul respingerii acestora.
Având în vedere că motivarea punctelor de vedere au fost realizată în mod exhaustiv, a învederat că își menține întocmai opinia exprimată în cuprinsul acestora care se află la dosarul CNSC.

Față de faptul că decizia CNSC a fost de admitere a contestațiilor apreciază oportun să fie suspendată procedura de achiziție până la soluționarea prezentei plângeri.
Intimata POJADZY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A., a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea plângerii Tatra ca nefondată și menținerea integrală a Deciziei CNSC pentru următoarele motive:
Aspecte prealabile
Decizia CNSC a admis contestația societății sale (clasată pe locul III în clasamentul final), în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I (Tatra) și II (Bozankaya) în clasament, precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători transportați în piciorare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor menționate, conform celor evocate în motivarea acestei decizii.
Cu privire la oferta Tatra, față de susținerile invocate de societatea sa, CNSC a reținut în esență,

faptul că:
-se impune anularea punctajului acordat ofertei suscrișei, pentru cei doi factori sus menționați, și recalcularea acestui punctaj (analiza fiind făcută la paginile 26-28 din decizia CNSC) respectarea cerințelor privind manevrabilitatea (aferețe standardului SR 13353-5:1996) nu a fost verificată de către comisia de evaluare (analiza fiind făcută la paginile 28-29 din Decizia CNSC)
- oferta Tatra a fost completată, respectiv modificată nepermis, pe calea răspunsurilor la solicitările de clarificări, CNSC reținând, în esență, faptul că:
-aspectul privind materialele periculoase a fost modificat nepermis, după depunerea ofertelor (analiza fiind făcută la paginile 29 - 34 din Decizia CNSC)

-aspectele privind transponderul pentru comanda macazului, resorturile mecanice/ sistemul mecanic de articulare a pedalei de frână și conexiunea serială au fost completate nepermis, după depunerea ofertelor (ana-liza fiind făcută la paginile 35-38 din Decizia CNSC)

-aspectele privind diagrama de prelucrare a datelor și schema de conectare a computerului de bord au fost completate nepermis, după depunerea ofertelor (analiza fiind făcută la paginile 38-39 din Decizia CNSC)

Contrar susținerilor din plângerea Tatra, CNSC a realizat o analiză detaliată, corectă, conformă cu și mai ales, bazată pe prevederile legale în materia achizițiilor publice a modului în care ofertanții trebuie să își întocmească ofertele, dar și a modului în care acestea pot fi clarificate pe parcursul evaluării. De asemenea, Decizia CNSC s-a bazat pe larg atât pe jurisprudența CJUE, dar și pe decizii adoptate la nivelul Curților de Apel.

De altfel, Decizia CNSC continuă jurisprudența îndelung statuată la nivelul instanțelor cu privire la inadmisibilitatea unei completări, modificări a ofertelor pe calea răspunsurilor la clarificări, din faza de evaluare a ofertelor, așadar după depunerea ofertelor în cadrul procedurii. O practică contrară ar deschide practic calea modificării ofertelor depuse inițial de ofertanți prin diverse tertipuri (invocându-se faptul că o modificare/ completare ar fi de fapt "clarificare"), contrar rigorilor clar statuate de legislația aplicabilă și mai ales contrar principiilor esențiale ce guvernează aceste proceduri, inclusiv tratamentul egal al ofertanților și transparența procedurii.

CNSC a reținut în mod corect, contrar susținerilor Tatra, următoarele aspecte de ordin general (pe deplin aplicabile speței de față) și în raport cu care a constatat inadmisibilitatea ofertei Tatra:

(i) potrivit art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, ofertanții sunt ținuți să își elaboreze oferta în strictă conformitate cu prevederile documentației de atribuire; în aceeași măsură și Autoritatea contractantă are obligația imperativă de a respecta propriile reguli stabilite prin documentație și de a le aplica în mod unitar tuturor ofertanților, conform principiului tratamentului egal: orice ofertă ce nu respectă aceste reguli va fi respinsă ca inacceptabilă.

A precizat în aceste sens faptul că prin Fișa de date, chiar Autoritatea contractantă a stabilit expres faptul că ofertanții trebuie să respecte cu strictețe cerințele stabilite prin documentația de atribuire, sub sancțiunea respingerii ofertelor.

(ii) potrivit art. 209 din Legea 98/2016, în procesul de evaluare a ofertelor, în cazul în care anumite informații lipsesc sau sunt incomplete/eronate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări ofertanților, fără a avea dreptul însă de a determina apariția unui avantaj evident în favoarea unui anumit ofertant.

Este important a se reține faptul că, acest drept de a solicita clarificări nu este unul nelimitat, ci trebuie interpretat și aplicat în strict acord cu principiile ce guvernează orice procedură de achiziție publică - transparență, tratament egal etc.

Astfel, deși există un drept general al autorităților contractante de a solicita clarificări ofertanților în cadrul procedurilor de atribuire, acestea trebuie să aibă drept scop strict clarificarea anumitor informații existente în cadrul ofertei pentru a verifica dacă oferta depusă (inițial) este sau nu conformă, în conformitate cu prevederile legale și nu modificarea/completarea nepermisă a ofertei.

(iii) Concluzia de mai sus este susținută de dispozițiile art. 134 (1), respectiv (6) din Normele Metodologice de aplicare ale Legii 98/2016 (aprobată prin IIG 395/2016):

Art. 134. (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participa re/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Art. 134. (6) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".

(iv) Singurele excepții care ar putea conduce la acceptarea ofertei în baza art. 134 alin. (7)-(9) din HG 395/2016 sunt abaterile tehnice minore sau viciile de formă. Așa cum a arătat pe larg în cuprinsul contestației și cum de altfel nu a negat nici petenta, modificările aduse de Tatra prin răspunsurile la solicitările de clarificări nu se încadrează în niciuna dintre aceste categorii. Prin urmare, în mod corect CNSC, după ce verifică inclusiv incidența acestor excepții, a apreciat că se impunea respingerea acestei oferte ca inacceptabilă.

In lumina celor de mai sus, a aratat ca, decizia CNSC este legala si in acord cu dispozitiile legale mai sus citate, intrucat asa-zisele clarificari aduse de Tatra in cadrul raspunsurilor la solicitările Autorității contracte au reprezentat în fapt reale modificări/completări ale ofertei depuse de aceasta, modificări care atrag inadmisibilitatea ofertei Tatra.

In mod eronat susține petenta în plângere că „informațiile solicitate se regăseau în documentația anexată propunerii tehnice la un simplu studiu al cererii de intervenție depusă de Tatra în cadrul dosarului CNSC, se poate observa cu ușurință că aceasta recunoaște că anumite documente existau în oferta inițială. Aceași concluzie se impune și la un simplu studiu al răspunsurilor la solicitările de clarificări în care Tatra recunoaște fără rezerve faptul că nu a depus anumite documente și înțelege să le depună ulterior în faza de evaluare. Prin urmare, susținerile actuale ale petentei apar ca nejustificate și constituite pro causa. În măsura în care aceste docu-mente/informații existau în oferta depusă, nu se explică motivele pentru care Tatra indică abia în calea de atac împotriva Deciziei CNSC secțiunile/paginile unde se regăsesc aceste informații. În măsura în care aceste informații/trimiteri existau dar nu au fost incluse și în răspunsurile la clarificările solicitate, rezultă, o dată în plus că răspunsul transmis Autorității contractante la faza evaluării ofertei a fost unul vădit neconcludent și se impunea a fi respins.

Referitor la precizarea generală adusă de Tatra în sensul că tratamentul egal a fost asigurat de faptul că Autoritatea contractantă a cerut clarificări tuturor ofertanților este eronată, arătăm instanței faptul că încălcarea tratamentului egal s-a produs prin faptul că Autoritatea contractantă a permis Tatra să aducă modificările nepermise de ofertă pe calea răspunsurilor la solicitările de clarificări. Acesta încălcare rezultă și din simplul fapt că acestui ofertant i s-a permis transformarea ofertei depuse dintr-una neconformă într-una conformă, ca urmare a procesului de evaluare, așa cum în mod corect a apreciat și CNSC.

De altfel CNSC analizează cu grijă acest aspect în Decizie și concluzionează că, pe de o parte, solicitarea adresată tuturor ofertanților de a redenumi Declarația privind conflictul de interese nu a fost o încălcare a principiului tratamentului egal, însă, pe de altă parte, clarificările ce au vizat completarea/modificarea nepermisă a ofertei depuse inițial reprezintă un avantaj nepermis acordat ofertanților respectiv.

Lista cu materiale periculoase utilizate în timpul producției nu a fost depusă odată cu oferta, așa cum în mod corect a reținut CNSC. Aceasta a fost completată nepermisă, modificându-se oferta depusă inițial.

În primul rând, a învederat instanței că, în ceea ce privește lista de materiale periculoase, prin Plângerea formulată, ce face obiectul acestui dosar Tatra și-a schimbat radical justificările date anterior atât din răspunsul de clarificări oferit comisiei de evaluare, în faza de evaluare a ofertei, cât și prin cererea de intervenție depusă la CNSC.

Inițial, în răspunsul la clarificările solicitate de către Autoritatea contractantă (nr. 87/06.05.2020, pct. 1), aceasta recunoaște că exprimarea din ofertă - în sensul că nu utilizează materiale periculoase, a fost rezultatul unei erori de traducere, iar în cererea de intervenție Tatra recunoaște că prin răspunsurile aduse în faza clarificărilor a completat documentele depuse inițial (precizând expres că le depune prin Anexa 1 la răspunsul de clarificare și nu în cadrul ofertei!). Intrucât în opinia (nejustificată) a acesteia, o astfel de completare îi este permisă, deși a declarat expres că nu utilizează materiale periculoase.

Abia, la etapa plângerii, Tatra pretinde că a depus odată cu oferta tehnica lista cuprinzând numele materialelor periculoase. Mai mult, prin plângere, Tatra arată (pentru prima dată) că afirmatia sa din cuprinsul ofertei în sensul că "în producție nu utilizează materiale periculoase" ar fi avut în vedere "strict faptul Tatra nu utilizează în producția sa materiale periculoase, în conformitate cu RoHS, ceea ce este și dovedit prin documentele depuse în acest sens". Tatra invocă astfel declarațiile de conformitate ale producătorilor de piese de schimb încorporate în produsul final, arătând că pentru restul materialelor ar fi depus în cuprinsul ofertei o listă cu numele materialelor periculoase, producătorii, modalitatea de utilizare - făcând trimitere la Anexa 8 depusă la Plângere.

Față de aceste argumente, a învederat următoarele:
(i) în primul rând, aceste aparări nu mai pot fi primite, ele fiind tardiv invocate.

Astfel, Tatra s-a aparat în fața CNSC prin Cererea de intervenție depusă. În cuprinsul cererii nu a invocat niciuna din aceste aparări.

Conform art. 17 (3) din Legea 101/2016:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.

Așadar, orice apărări pe care ofertantul Tatra le putea invoca în apărarea sa, trebuiau invocate în termenul de 10 zile stabilit de lege, pe calca cererii de intervenție pe care de altfel a și formulat-o.

În caz contrar, dacă s-ar admite o altfel de abordare, practic rolul termenului de 10 zile stabilit de lege ar rămâne golit de conținut, persoanele interesate putând să invoce apărări inclusiv pe calea plângerii, ceea ce ar contraveni scopului legii, dar și specificului acestor proceduri care sunt caracterizate de urgență.

Pe de altă parte, oricum susținerile de fond sunt netemeinice. Astfel: în Caietul de Sarcini, la pagina 19, punctul 6.2. (Materiale) s-a solicitat foarte clar - după cum citează chiar petenta:

"Materialele trebuie să fie rezistente antivandalism, antigraffiti și în caz de deteriorare să nu producă așchii și/sau muchii tăioase care să afecteze sănătatea călătorilor. Materialele utilizate pentru producția tramvaielor nu trebuie să reprezinte un pericol pentru sănătatea personalului responsabil pentru reparații și întreținere, precum și pentru vatman și călători.

Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuițate la producția tramvaielor, și să detalieze informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase, producătorul, unde a fost utilizată în construcția tramvaielor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare."

În Plângere, Tatra invocă faptul că ar fi depus această listă prin: o declarații de conformitate ale PRODUCĂTORILOR DE PIESE DE SCHIMB (așa cum se menționează chiar la punctul 26 din Plângere - cu trimitere la Anexa 7). Or, cerința din Caietul de sarcini viza MATERIALELE utilizare, iar nu echipamentele/ piesele de schimb incorporate în tramvai o o listă care așa-zis ar fi cuprins materiale periculoase - inclusă la Anexa 8 din Plângere. Parcurgerea acestei liste, denotă însă, că acea listă răspundea cerinței de la punctul 6.8 din Caietul de Sarcini (Condiții privind protecția anticoroziv), care solicita:

"Ofertantul va descrie sistemul de protecție anticorozivă aplicat pentru a realiza durata de viață a caroseriei de minim 30 ani."

Lista atașată la Anexa 8 descrie tocmai protecția anticorozivă, nicidecum lista materialelor periculoase.

Mai mult, potrivit cerinței de la punctul 6.2., lista materialelor periculoase trebuia să descrie (între altele) caracterul pericolelor pentru sănătatea umană.

Lista invocată în Anexa 8 nu cuprinde o astfel de descriere. Abia lista transmisă ca răspuns la solicitarea de clarificări include aceste informații.

(iii) După cum chiar petenta citează la punctul 24 din Plângere, în cuprinsul ofertei, ca răspuns la solicitarea expresă din Caietul de sarcini că: Fiecare ofertant trebuie să prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuițate la producția tramvaielor.

Tatra a declarat expres că nu utilizează materiale periculoase.

Abia la punctul I din Adresa de răspuns nr. 87/06.05.2020, ofertantul Tatra completează și modifică nepermis oferta arătând că, în Anexa I la răspuns, acesta include lista materialelor periculoase utilizate în timpul producției.

Or această listă diferă substanțial de lista invocată de petentă în Anexa 8, abia această listă răspunzând cerințelor detaliate exprese din Caietul de sarcini.

După cum se poate observa, raționamentele Tatra, precum și faptul dacă au depus sau nu listele cu materiale periculoase, s-au modificat de-a lungul timpului.

Totuși, așa cum în mod corect a reținut CNSC, contrar cerinței exprese și clare din Caietul de sarcini, lista solicitată a fost înaintată de ofertant abia pe calea clarificărilor, fapt nepermis de dispozițiile legale mai sus indicate.

Astfel, Tatra și-a modificat nepermis oferta prin răspunsul la clarificări. Astfel, după cum corect reține și CNSC (pag. 33 din Decizia CNSC) acesta a declarat în ofertă faptul că nu utilizează

materiale periculoase (deși caietul de sarcini impunea în mod clar la pct. 6.2 (pag. 19) o listă în acest sens).

În răspunsul la solicitările de clarificări, Tatra a explicat fără echivoc faptul că dintr-o eroare de traducere, care i se datorează integral, nu a înțeles că această listă trebuia depusă. Rugsăm de aceea instanța să constate că în mod corect CNSC a respins această argumentație și a constatat că o astfel de modificare de ofertă nu este permisă. Un astfel de răspuns este neconcludent, modifică oferta și conduce la respingerea ofertei ca inadmisibilă, conform art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, fapt sesizat și de către CNSC în mod corect.

Mai mult, CNSC a analizat în detaliu, dacă răspunsul transmis se încadrează în noțiunea de abateri tehnice minore, respectiv viciu de formă, singurele excepții permise de art. 134 (7) din HG 395/2016, de la obligativitatea respingerii unei oferte atunci când răspunsul la clarificări modifică oferta inițială. În mod corect, CNSC ajunge la concluzia că o astfel de modificare nu se poate încadra în niciuna din aceste categorii, astfel că modificarea adusă de Tatra prin prezentarea listei de materiale periculoase la faza de evaluare a ofertei, după ce declarase că nu utilizează astfel de produse, este vădit nepermisă.

De asemenea, a solicitat să se constate faptul că este irelevant că în această etapă procesuală, Tatra vine cu noi aparări și susțineri în sensul depunerii listei de mai sus cu explicații tehnice prin care să invoce preținsa admisibilitate a ofertei acesteia, atât timp cât niciunul dintre aceste argumente nu a fost inclus în răspunsul la solicitările de clarificări transmise Autorității contractante. Or, acela este singurul moment în raport de care se poate evalua admisibilitatea/nadmisibilitatea ofertei Tatra. Ba mai mult, din acest răspuns rezulta fără putință de tăgadă că lista nu a fost transmisă și că ofertantul a arlat despre necesitatea acestei liste abia ulterior, din cauza unei erori de traducere.

Răspunsul dat Autorității contractante, astfel cum a fost acesta formulat de către Tatra reprezintă de un răspuns neconcludent în sensul art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 și o modificare nepermisă de ofertă în sensul art. 134 alin. (6) al aceluși act normativ. Explicațiile acordate prin acest răspuns nu puteau fi primite de către Autoritatea contractantă, iar CNSC în mod corect a remediat această neregulă prin obligarea Autorității contractante la reevaluare în sensul declarării ofertei Tatra ca inadmisibilă. Aceași soluție se impune a fi menținută și de către Onorata Instanță, pentru toate motivele prezentate pe larg în cuprinsul contestației, Deciziei CNSC și în prezenta întâmpinare.

Tatra nu a precizat în cadrul ofertei modul de îndeplinire a condiției privind instalația pentru comanda macazului (transponder), așa cum în mod corect a reținut CNSC și în prezenta întâmpinare de îndeplinire a condiției privind instalația pentru macazul (transponder), așa cum în mod corect a reținut CNSC și în Decizia CNSC, nu doar că în oferta tehnică nu s-a putut identifica această descriere, dar nici măcar Autoritatea contractantă sau Tatra nu au arătat în punctul de vedere/cererea de intervenție unde în concret se regăsește modalitatea de îndeplinire a cerinței respective.

Or, așa cum s-a reținut și în Decizia CNSC, nu doar că în oferta tehnică nu s-a putut identifica această descriere, dar nici măcar Autoritatea contractantă sau Tatra nu au arătat în punctul de vedere/cererea de intervenție unde în concret se regăsește modalitatea de îndeplinire a cerinței respective.

Raportul la răspunsul Tatra la solicitările de clarificări referitoare la instalația de comandă a macazului tramvaiului, rezulta fără echivoc faptul că Tatra a înțeles să includă descrierea aferentă acestei cerințe abia în cadrul răspunsului, fără să facă vreo trimitere la o anumită secțiune din cuprinsul ofertei.

În măsura în care ofertantul Tatra considera că pag. 332 și 345 din oferta acesteia, pagini ce includ exclusiv scheme electrice ale transpoderei, reprezentau modalitatea concretă prin care aceasta înțelege să arate îndeplinirea cerinței de mai sus, ar fi trebuit să indice aceste explicații în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări și, ulterior, în cererea sa de intervenție.

Or, în contextul în care nici ofertantul, nici Autoritatea contractantă nu au indicat unde în concret se regăsește descrierea îndeplinirii cerinței (așa cum prevedea Fișa de date în mod obligatoriu), decizia CNSC este legală și întemeiată, iar răspunsul Tatra la clarificările solicitate - neconcludent în baza

art. 134 alin.(5) din HG 395/2016 și de natură să modifice nepermis oferta în baza art. 135 alin.(6).

Indicarea acestor pagini care, în opinia Tatra, dovedesc conformitatea răspunsului și existența informațiilor respective în ofertă, abia în calea de atac împotriva Decizie CNSC este mult tardivă, iar aceste argumente se impun a fi respinse de către instanță.

În orice caz, pe fondul problemei, a arătat că pretinsa „contradicția flagrantă” dată de paginile 333 și 345 (schemele electrice ale transponderului) în realitate nu există. Schemele electrice ale transponderului nu echivalează cu „descrierea modalității de comandă și de trecere a macazului de tramvai” transmisă de ofertant în faza de evaluare pentru a demonstra conformitatea ofertei sale cu cerința din caietul de sarcini. Or, potrivit documentației de atribuire (punctul 5 din Caietul de sarcini), s-a stipulat cu titlu obligatoriu necesitatea prezentării unui comentariu, articol cu articol, prin care să se demonstreze corespondența propunerii tehnice cu specificațiile impuse de către Autoritatea contractantă, lucru pe care Tatra a omis să îl realizeze cu privire la oferta sa.

Tatra nu a indicat în cadrul ofertei modul de îndeplinire a condiției conexiunea serială RS232 (485) IBIS conform VDV 301, așa cum în mod corect a reținut CNSC

Așa cum în mod corect a stabilit și CNSC, la solicitarea Autorității contractante (din faza de evaluare a ofertelor) de a indica în mod concret unde se regăsesc informațiile referitoare la îndeplinirea condiției sus menționate, ofertantul Tatra a transmis diagrama de prelucrare a datelor și schema de conectare a computerului de bord, informații și documente care trebuiau să se regăsească în cadrul ofertei, având în vedere prevederile obligatorii ale caietului de sarcini, detaliate pe larg în cuprinsul contestației subscrisei.

Astfel, conform punctului 7.1.7 (Postul de conducere), subpunctul Tabloul de bord, pagina 27 din Caietul de Sarcini:

"Carcasa și panoul comenzilor vor fi realizate în așa fel încât să evite reflexia luminii, vor fi construite din material rezistent la razele solare și vor fi echipate cu:

Computer de bord cu afișaj digital multifuncțional care va încorpora tehnologie pentru stocare, prelucrare de date și afișare referitoare la funcționarea, exploatarea, monitorizarea și diagnosticarea tramvaiului (OBD);

Computer de bord care va fi integrat cu sistemul informatic de gestiune și diagnosticare electronică a tramvaielor (SIGDE). Se va furniza software-ul de analiză și diagnoză pentru tramvai și licența software-ului;

Conectivitate: datele vor fi transferate pe ieșiri standardizate, care în legătură cu computerul de gestionare management de trafic (CGMT) va efectua transmiterea de date online și wireless la Depoul de Tramvaie, sau la locurile de parcare (patru locații) în vederea analizării acestora." Iar conform punctului 5 (Documentație) din Caietul de sarcini, pagina 17 se solicita între altele:

Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, detaliat;

în Propunerea Tehnică a Tatra nu se regăsește însă niciunde vreo referință la diagrama de prelucrare a datelor și schema de conectare a computerului de bord, astfel încât transmiterea acestor informații abia prin răspunsul la solicitarea de clarificări se constituie de asemenea, într-o completare evidentă a Propunerii Tehnice.

La fel ca în situația transponderului, Tatra înțelege în mod curios să invoce faptul că respectiva conexiune serială se regăsea la paginile 331, 569 și 593 din ofertă, abia în calea de atac împotriva Deciziei CNSC! Deducem că până în această etapă procesuală, Tatra nu a știut că a inclus aceste aspecte în oferta sa. În caz contrar, nu se explică motivele pentru care aceasta a ales să transmită un răspuns neconcludent Autorității contractante, care să conducă la inadmisibilitatea ofertei, în loc să facă trimitere la paginile care, în viziunea sa, includeau informațiile solicitate. Cu riscul de a ne repeta, arătăm că aceste explicații ale Tatra sunt mult tardive raportat la momentul evaluării ofertelor/a răspunsurilor, dar și la faptul că Tatra nu s-a prevalat de aceste apărări în cadrul procedurii în fața CNSC.

De asemenea, contrar susținerilor Tatra, faptul că aceasta nu a răspuns Autorității contractante unde anume se regăsesc informațiile solicitate echivalează cu un răspuns neconcludent, iar CNSC în mod corect i-a dat această valoare, considerând oferta inacceptabilă. Un răspuns concludent ar fi fost doar unul în care Tatra ar fi precizat cu exactitate unde se găsesc informațiile solicitate în oferta depusă și nu unul în care aceasta nu menționează absolut nimic referitor la conexiunea serială, dar, în

gh

schimb, prezintă, în răspunsul la solicitarea de clarificare, pagini întregi de informații referitoare la diagrama de prelucrare a datelor și schema de conectare a computerului de bord, documente care oricum trebuiau prezentate odată cu oferta, nu abia prin răspunsul la clarificare.

Tatra nu a dovedit conformitatea manevrabilității cu standardul SR13353-5:1996, așa cum în mod corect a reținut CNSC

În ceea ce privește respectarea standardului SR 13353-5:1996, arătăm că argumentele Tatra din cadrul plângerii sunt nefondate și, mai mult, nu explică în niciun fel modul în care documentele depuse de Tatra dovedeau conformitatea manevrabilității cu standardul respectiv. Ce susține Tatra prin plângere este faptul că participanții puteau calcula manevrabilitatea doar prin raportare la radusul minim și la dimensiunile tramvaiului. Or, această afirmație nu este de natură să înlăture faptul că schemele prezentate de Tatra pentru a demonstra conformitatea cu cerințele standardului nu susțin respectarea acestui standard, ci din contra arată o nerespectare a lui, iar valorile sunt asumate strict la nivel declarativ, fără fundamentare tehnică. Nici de această dată Tatra nu prezintă niciun argument concret în susținerea afirmațiilor sale.

Așa cum a arătat pe larg în cuprinsul contestației și în cadrul notelor scrise depuse în procedura în fața CNSC, din coroborarea valorilor minime între vehiculele adiacente de pe curbele de cale a rezultat că acestea sunt în realitate sub nivelul minim admis. Societatea sa a ajuns la această concluzie utilizând strict datele din oferta Tatra, și anume: lungimea unei secțiuni de tramvai (preluată de către subscrișa de la pagina 25 din oferta Tatra), distanța dintre axa de rotație a căruciorului și fața tramvaiului (preluată de către societatea sa de la pagina 634 din oferta Tatra), lungimea totală a tramvaiului (preluată de către subscrișa de la paginile 634 și 641 din oferta Tatra), adică chiar dimensiunile tramvaiului prezentate de Tatra, cum a indicat și petentul în plângere. Or, utilizând aceste date, din punct de vedere tehnic și realizând calcule matematice (prezentate detaliat în cadrul contestației), a rezultat faptul că cerințele standardului nu erau îndeplinite.

Și răspunsul Tatra la cele de mai sus reprezintă, de fapt, încă o dovadă a neîndeplinirii acestui standard. Tatra nu a prezentat în niciun moment de-a lungul cererii de intervenție sau în cadrul plângerii depuse, calculele corecte pe baza dimensiunilor avute în vedere de aceasta și nici nu a corectat în mod concret preținsele greșeli de cifre/calcul ale subscrisei, pentru a demonstra conformitatea cu standardul SR 13353-5:1996. Rezultă că, în realitate, aceasta nu are argumente valide pentru a formula apărări împotriva acestei critici formulate de către subscrișa, deși subscrișa și-a probat integral susținerile în cadrul contestației, cu scheme și date concrete, obiective, extrase din oferta Tatra.

Această conduită reprezintă o probă neechivocă a faptului că Tatra fie nu poate efectua aceste calcule dintr-o lipsă de pregătire tehnică, fie nu dorește să le furnizeze CNSC, intrucât aceste calcule arată că oferta Tatra nu respectă standardul SR 13353-5:1996 în punctul cel mai critic din momentul trecerii, iar distanța dintre tramele este mai mică de 500mm.

De asemenea, CNSC în mod corect a apreciat că nu era suficientă asumarea declarativă a respectării standardului de către ofertanți, ci aceștia erau ținuți să demonstreze/confirmă prin oferta depusă condițiile de manevrabilitate solicitate, conform pct. 1.2 și 6.5 din Caietul de sarcini. Având în vedere că Autoritatea contractantă a recunoscut prin punctul său de vedere depus în procedura în fața CNSC, faptul că aceasta nu a verificat corectitudinea celor depuse, ci s-a bazat exclusiv pe declarațiile Tatra, ignorând obligațiile impuse de art. 127 alin. (1) lit. f) din HG 395/2016, și anume obligația de a verifica conformitatea propunerii tehnice cu caietul de sarcini, este evident că asupra îndeplinirii acestei cerințe de către Tatra planează cel puțin o suspiciune de neconformitate. De aceea în mod corect CNSC ajunge la concluzia că, în cuprinsul evaluării, comisia de evaluare nu a verificat corect această cerință, impunându-se re-evaluarea ofertei din aceste punct de vedere.

În final după ce constată elemente clare de inadmisibilitate, CNSC ajunge la concluzia că o astfel de re-evaluare nu se mai impune în contextul în care oferta Tatra trebuia respinsă ca inacceptabilă potrivit considerentelor de mai sus, susținute și de Decizia CNSC. Totuși, lipsa acestor verificări esențiale neefectuate de către comisia de evaluare reprezintă o dovadă în plus a faptului că acestui ofertant i s-a aplicat cel puțin un tratament preferențial, fiindu-i permisă nu doar completarea ofertei pe calea răspunsurilor la solicitările de clarificare, ci fiindu-i acceptată și declararea îndeplinirii unor condiții obligatorii fără ca aceste declarații să fie susținute de datele ofertei.

Punctajul calculat în baza factorilor de evaluare a fost acordat în mod greșit de către comisia de evaluare, așa cum în mod judicios a reținut și CNSC

Astfel cum a reținut și CNSC, în ceea ce privește cei doi factori privind numărul suplimentar de călători, conform Fișei de date, aceștia se aplicau astfel:

Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați în picioare, ca-re va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este 20. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane, nu va fi punctată suplimentar.

Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați pe scaune, ca-re va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este de 8. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare pe scaun mai mare de 8 nu va fi punctată suplimentar.

Prin urmare, rezultă fără putință de tăgadă că Autoritatea contractantă a limitat prin aceste prevederi obligatorii ale Fișei de date, numărul de locuri suplimentare ce urmează a fi punctate la maximum 20, respectiv 8 locuri. Un număr mai mare de locuri nu va fi punctat suplimentar. În timp ce un număr egal cu 20/8 locuri va fi punctat cu punctajul maxim. Orice interpretare contrară ar lipsi de efecte această mențiune din Fișa de date.

Afirmațiile Tatra din cuprinsul plângerii potrivit cărora punctajul maxim s-ar fi acordat "celui mai ridicat număr suplimentar de locuri, iar nu numărului maxim de 20, respectiv 8 locuri" sunt lipsite de orice fundament și scoase din context. Atât timp cât Fișa de date prevede că orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20, respectiv 8 locuri, NU va fi punctată suplimentar nu înțelegem cum Tatra ajunge la concluzia că un număr mai mare de locuri (în speță, 28 locuri, respectiv 10 locuri ofertate de Durmazlarj poate fi punctată suplimentar în mod valabil. Este evident că o astfel de interpretare nu poate fi primită, astfel cum în mod corect a procedat și CNSC.

Argumentele Tatra potrivit cărora Autoritatea contractantă este „legiuitorul” Fișei de date și, prin urmare, intenția acestuia a fost aceea de a redacta și aplica factorii de evaluare astfel cum s-a stabilit prin raportul procedurii, sunt lipsite de orice fundament și în contradicție cu principiile achizițiilor publice - în primul rând principiul transparenței.

Faptul că Autoritatea contractantă, din eroare, a prevăzut un algoritm de calcul ce vine în vădită contradicție cu factorii de evaluare stabiliți de către aceasta, prin raportare la cele prevăzute mai sus cu privire la punctajul maxim ce poate fi obținut, încalcă obligația acesteia de a prevedea cerințe clare și complete în documentația de atribuire.

Potrivit art. 154 din Legea 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Prin urmare, indiferent care a fost „intenția legiuitorului Fișei de date”, aceasta este irelevantă atât timp cât este în dezacord cu prevederile legale și cu obligația de a stabili factori de evaluare clari și fără ambiguități, și nu este de natură să acopere aceste nereguli, așa cum în mod corect a stabilit și CNSC.

De asemenea, argumentele Tatra referitoare la intenția Autorității contractante din alte proceduri de atribuire sunt irelevante și nu au nicio legătură cu procedura de față sau Decizia CNSC. În primul rând, nu este în sarcina ofertanților de a urmări modul de aplicare a factorilor de evaluare din alte proceduri derulate de aceeași Autoritate contractantă, pentru a putea înțelege cum vor fi aplicați factorii de evaluare din procedura la care participă. Este obligația exclusivă a Autorității contractante de a se asigura că factorii de evaluare incluși în Fișa de date sunt clari și de natură să informeze ofertanții în mod complet.

Dacă intenția Autorității contractante ar fi fost să puncteze cu scorul maxim numărul maxim de locuri suplimentare ofertate, ar fi trebuit să menționeze exact acest aspect. Or, dacă în Fișa de date se regăsesse mențiuni neechivoce în sensul că orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20, respectiv 8 locuri, nu va fi punctată suplimentar, o interpretare precum cea prezentată de Tatra nu poate fi admisă.

A învederat faptul că argumentele Tatra referitoare la modalitatea de punctare a factorului de evaluare referitor la garanția extinsă exced cadrul procesual stabilit în fața CNSC și reprezintă argumente noi raportat la cererile și apărările părților formulate în fața CNSC, fiind astfel tardive.

In orice caz, pe fondul problemei, a aratat ca Tatra se afla si de aceasta data in eroare, intrucata, in ceea ce priveste acest factor de evaluare, niciunul dintre participantii nu a oferit o garantie extinsa mai mare de 5 ani (suplimentar fata de cea obligatorie). Prin urmare, mențunerea din acest factor de evaluare potrivit căreia: "Orice ofertă cu un număr de ani de garanție extinsă mai mare de 5 ani suplimentar perioadei de garanție obligatorie nu va fi punctată suplimentar" nu își găsește aplicabilitatea, neexistând identitate de rațiune în speță.

In final, considerentele Tatra privind "urmărirea interesului public, iar nu pe cel al interesului privat" drept motiv pentru modificarea Deciziei CNSC sunt lipsite de orice fundament. Orice procedură de atribuire este guvernată de anumite principii, cum ar fi egalitatea de tratament, transparența etc., principii care pot fi atinse doar prin respectarea întocmai a prevederilor legislației care guvernează aceste proceduri. In afara cadrului legal, interesul public nu poate fi urmărit si atins in mod conform, prin urmare, a solicitat sa se constate ca si aceste argumente ale Tatra sunt neintemeiate si se impun a fi respinse.

Referitor la capatul de cerere subsidiar al Tatra privind anulara procedurii In primul rand, cererea subsidiara a Tatra de anulare a procedurii ca urmare a menținerii Deciziei CNSC in ceea ce priveste factorii de evaluare mai sus menționati este mult tardiva raportat la etapa procesuala in care se afla. Un astfel de capat de cerere nu poate fi formulat pentru prima oara in calea de atac a plangerii. In masura in care Tatra ar fi dorit sa includa si acest capat de cerere subsidiar, ar fi trebuit sa o faca prin cererea de interventie pe care a depus-o in cadrul procedurii in fata CNSC. Or, in lipsa unui asemenea demers, o cerere de anulare a procedurii excede cadrul procesual stabilit in fata CNSC si reprezinta o pretentie noua ce se impune a fi respinsa ca inadmisibila.

In al doilea rand, pe fond, se impune respingerea ca nemotivata a acestui capat de cerere. Tatra nu arata in niciun moment in ce mod reevaluarea potrivit Deciziei CNSC ar contraveni scopului procedurii de atribuire, care nu ar mai putea fi atins in mod corespunzator. O astfel de susținere este oricum vadit nefondata - reevaluarea punctajului potrivit Deciziei CNSC este singura modalitate de a asigura legalitatea aplicării factorilor de evaluare, astfel cum acestia au fost prevăzuți în Fișa de date. Nu in ultimul rand, a invederat faptul ca o anulare a procedurii nu este permisa decat in cazuri extrem de limitativ prevazute de legislatie, nici unul din acele cazuri nefiind incidente in cauza. Oferta subscrisei este pe deplin admisibila, raportul Procedurii nu a fost atacat pe partea de admisibilitate a ofertei subscrisei, astfel incat nu subzista nici un motiv de anulare a procedurii. In subsidiar, a invederat faptul ca se impune reevaluarea pe fond inclusiv a argumentelor aduse de ofertantul Bozankaya impotriva ofertei Tatra - argumentele acestui ofertant nemafiind analizate de CNSC ca urmare a admiterii cererii societății sale.

Față de toate argumentele prezentate în cuprinsul prezentei întâmpinări, precum și în cadrul contestației, a solicitat respingerea plangerii ca nefondata și menținerea Deciziei CNSC în integralitate. In drept, art. 31 din Legea 101/2016, precum și toate celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul prezentei întâmpinări.

Intimata BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA MALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş. a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea plangerii formulate de Tatra Yug și obligarea Pentei la plata cheltuielilor de judecată suportate de societatea sa în vederea soluționării prezentei cereri, pentru motivele dezvoltate în continuare.

In fapt, prin plangerea formulata impotriva Deciziei CNSC, Tatra Yug critica decizia CNSC pentru urmatoarele aspecte: (1) validarea argumentelor contestatorului PESA cu privire la inadmisibilitatea ofertei sale; (2) modalitatea de aplicare a factorilor de evaluare referitoare la numărul suplimentar de călători, criticată în egală măsură și de PESA și de Bozankaya prin contestațiile formulate.

Din perspectiva modalității de calcul a factorilor de evaluare număr suplimentar de călători transportați în piciorare și număr suplimentar călători transportați pe scaune, Decizia CNSC este temeinică și legală și se impune a fi menținută pentru argumentele pe care le vom prezenta pe larg în continuare.

Prin Plangerea formulată, Penta preia trunchiat din descrierea factorului de evaluare doar algoritmul de calcul, ignorând cu desăvârșire celelalte mențiuni din cuprinsul acestei descrieri.

Prin Decizia sa, CNSC a constatat în mod corect faptul că algoritmul de calcul prevăzut în Fișa de date nu este în măsură să infirme condițiile de punctare stabilite conform descrierii factorului.

Astfel, Autoritatea contractantă a ales să stabilească un număr maxim de locuri pentru care se acordă punctaj în descrierea factorului de evaluare, parte integrantă a documentației de atribuire. Autoritatea contractantă nu poate ignora în etapa evaluării ofertelor condițiile stabilite de aceasta însăși în cadrul documentației de atribuire. O interpretare contrară încalcă dispozițiile art. 187 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 32 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. g) din HG nr.395/2016.

Prin Fișa de date a procedurii de atribuire factorii de evaluare au fost stabiliți, la punctele 11.1.1 și 11.1.1 astfel:

11.1.1. Număr suplimentar călători transportați în picioare (maxim 7 puncte - 7%)

Tramvaiele vor avea o capacitate de transport totală de minim 140 călători transportați în picioare. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați în picioare, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este 20. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane, nu va fi punctată suplimentar.

11.1.2. Număr suplimentar călători transportați pe scaune (maxim 7 puncte - 7%)

Tramvaiele vor avea o capacitate de transport de minim 50 persoane pe scaune fixe, nerabatabile, din care minim 6 accesibile din low floor. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați pe scaune, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este de 8. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare pe scaun mai mare de 8 nu va fi punctată suplimentar.

Astfel, pentru Factorul 11.1.1 - Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați în picioare, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este 20. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane nu va fi punctată suplimentar.

Din analiza celor precizate mai sus, algoritmul de calcul prezentat în fișa de date este: a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare ofertat se acordă punctajul maxim de 7 puncte;

b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel.

$P(n) = (\text{număr locuri suplimentare în picioare ofertat}(n) / \text{cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare}) \times \text{punctaj maxim alocat.}$

Se va aplica ofertelor cu locuri suplimentare între 1-19 locuri pentru subfactor 2.1.

Operatorii economici care vor prezenta oferte cu număr suplimentar mai mare sau egal cu 20 pentru subfactor 2.1 vor fi punctate cu numărul maxim de 7 puncte.

Pentru Factorul 11.1.2 - Numărul minim suplimentar calatori transportați pe scaune care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este de 8. Orice oferta cu un număr suplimentar pe scaune mai mare de 8 nu va fi punctata suplimentar.

Din analiza celor precizate mai sus, algoritmul de calcul prezentat în fișa de date:

a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare ofertat se acordă punctajul maxim de 7 puncte;

b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel:

$P(n) = (\text{număr locuri suplimentare în picioare ofertat}(n) / \text{cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare}) \times \text{punctaj maxim alocat.}$

se va aplica ofertelor cu locuri suplimentare între 1-7 locuri pentru subfactor 2.2.

Operatorii economici care vor prezenta oferte cu număr suplimentar mai mare sau egal cu 8 pentru subfactor 2.2 vor fi punctate cu numărul maxim de 7 puncte.

(11) Așadar, față de argumentația sus-menționată, apreciem că, în mod corect, CNSC a constatat că toate ofertele care au prezentat un număr de cel puțin 8 locuri suplimentare trebuia să primească punctajul maxim.

În consecință, susținerile Petentei cu privire la calculul factorului de evaluare „numărul minim de ani pentru garanția extinsă” se impun a fi respinse ca inadmisibile, în conformitate cu art. 21 alin. (3) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

În concluzie, a solicitat ca, prin hotărârea ce se va pronunța, să se dispună respingerea plângerii formulate de Tatra Yug împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare al Contestațiilor nr. 1568/C2/1594,1623/03.09.2020 și obligarea Petentei la plata cheltuielilor de judecată suportate de societatea sa în vederea soluționării prezentei cereri.

Prin cererea înregistrată sub nr.5066/2/2020 petenta BOZANKAYA OTOMOTIV

MAKINA IMALAT a formulat în contradictoriu cu întimatale MINISTERUL LUCRĂRIILOR
PUBICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRĂȚIEI, POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ
SPÓLKA AKCYJNA, TATRA YUG, în temeiul art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2006 privind
remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică („Legea
101/2016”), plângere împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare al Contestațiilor nr.
1568/C2/11594,623/03.09.2020 solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună
modificarea în parte a Deciziei CNSC, cu consecința:

> menținerii deciziei Autorității contractante de a declara oferta subscrisei ca fiind admisibilă,
> admiterii contestației subscrisei formulată în fața Consiliului Național de Soluționare al
Contestațiilor în integralitatea sa și
> obligării întimatei la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.
pentru motivele dezvoltate în continuare.

Succintă prezentare a situației de fapt
Prin Anunțul de participare nr. CN1017938 publicat în SEAP la data de 25.12.2019, Ministerul
Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației (în continuare „Autoritatea Contractantă” sau
„întimatul”) a invitat operatorii economici să prezinte oferte în vederea participării la procedura de
atribuire a unui contract de achiziție a 17 tramvaie de cca. 25m destinate transportului public de
călători.

BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT TTHALAT VE IHRACAT A.Ş. a depus
ofertă în procedura de atribuire.

Urmare a desfășurării procedurii de atribuire, în data de 24.07.2020 Autoritatea contractantă a
selectat câștigătorul, iar, prin Comunicarea rezultat procedură nr. 102109/24.07.2020, prin
Comunicarea rezultat procedură 102110/24.07.2020 și Raportul procedurii nr. 101887/24.07.2020,
Autoritatea contractantă a comunicat faptul că oferta subscrisei a fost declarată necesitătoare,
deoarece, în conformitate cu criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, oferta a obținut
un punctaj de 90,88 puncte (74,28 puncte (74,28 puncte preț și 16,60 puncte tehnic), înțelesul ofertei declarate
câștigătoare. Oferta declarată câștigătoare, este TATRA-YUG, cu o valoare totală a ofertei financiare
de 136.151.096 lei, fără TVA, și un punctaj de 91,10 puncte (80 puncte preț și 11,10 puncte tehnic).

Împotriva rezultatului procedurii subscrișa am formulat contestație, prin care a arătat, în esență,
că Comunicarea rezultatului procedură nr. 102109/24.07.2020, Comunicarea rezultat procedură
102110/24.07.2020 și Raportul procedurii 101887/24.07.2020 sunt netemeinice și nelegale și se
împun a fi anulate, deoarece atât oferta sa, cât și oferta declarată câștigătoare au fost analizate în mod
greșit. A arătat, pe de o parte, că modalitatea de calcul a punctajelor acordate pentru sub - factorii de
evaluare tehnică privind numărul suplimentar de locuri pentru pasageri transportați pe scaune,
respectiv numărul suplimentar de locuri pentru pasageri transportați în picioare, nu este în
conformitate cu aplicarea algoritmului de calcul așa cum a fost acesta stabilit în anunțul de
participare și în documentele licitației, iar, pe de altă parte, a criticat oferta Tatra-Yug.
Cu privire la procedura de atribuire a formulat contestație și ofertantul clasat pe locul 3,
criticând, pe de o parte, aplicarea factorilor de evaluare, iar, pe de altă parte, pretinzând că oferta
depusă de societatea sa este inadmisibilă.

Prin Decizia nr. 1568/C2/11594,623/03.09.2020, CNSC a reținut cu privire la oferta societății
sale, în esență, următoarele:
> din propunerea tehnică întocmită de subscrișa ar fi lipsit informații pe care Autoritatea
contractantă le-a solicitat expres prin caietul de sarcini, informații care ar fi fost completate prin
răspunsul la solicitările de clarificări;
> Autoritatea contractantă ar fi revenit cu o nouă clarificare la solicitările de clarificări, iar
CNSC apreciază că ar fi trebuit să sancționeze ofertantul cu respingerea ofertei ca inacceptabilă,
întrucât răspunsurile anterioare nu ar fi fost concludente, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) din
HG nr. 395/2016;
> Bozankaya nu ar fi răspuns în termen „solicitării de clarificări” referitoare la depunerea
declarației privind evitarea conflictului de interese.

> Completările aduse ofertei PESA prin răspunsurile la solicitarea de clarificări nu ar fi similare celor imputate subscrisei și prin urmare nu ar fi o încălcare al principiului egalității de tratament.

(7)Decizia CNSC este netemeinică și nelegală, fiind dată cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, inclusiv în ceea ce privește neanalizarea tuturor criticilor formulate de Bozankaya prin contestație.

I. Soluția CNSC de a considera oferta Bozankaya inadmisibilă este nelegală și netemeinică

A. Oferta Bozankaya nu a fost modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări

Prin Decizia pronunțată CNSC a apreciat că Bozankaya ar fi completat în mod nepermis conținutul propunerii tehnice.

Din considerentele deciziei pronunțate, rezultă că CNSC nu a analizat efectiv conținutul ofertei sale, limitându-se la a prelua trunchiat din cele consemnate de comisia de evaluare în anexa Procesului-verbal nr. 79595/09.06.2020. În acest sens, CNSC analizează răspunsul la întrebarea nr. 22 din solicitarea de clarificări nr. 80232/09.06.2020 și reține că ofertantul înțelege să trimită documentele indicate prin solicitarea de clarificări. Astfel cum am precizat și în cadrul contestației formulate, toate informațiile prezentate în răspunsurile la solicitarea de clarificări se află în cadrul ofertei. Autoritatea contractantă a confirmat prin punctul de vedere transmis faptul că informația se regăsește în ofertă (pag. 11, parag. 4 din Decizia CNSC)

Astfel, întrebarea nr. 22 se referă cerințele caietului de sarcini „ofertantul va prezenta arhitectura întregului sistem informatic instalat pe tramvaie (...) vă solicităm prezentarea acestuia” (pag. 23 penultimul parag. din Decizia CNSC). Bozankaya a răspuns punctual la solicitarea autorității, transmițând documentele cerute. Informațiile referitoare la arhitectura întregului sistem informatic instalat pe tranvaie au fost incluse în cadrul ofertei subscrisei și pot fi identificate la pag. 403-413 din oferta tehnică. (Fișierul Technical Enclosure încărcat în SICAP)

A subliniat faptul ca a răspuns Autorității contractante arătând și clarificând informații deja existente în cadrul ofertei tehnice. Anexăm prezentei plângeri tabelul comparat în care se arată paginile din oferta tehnică depusă în care se pot identifica informațiile prezentate prin raportare fiecare solicitare de clarificări. (Anexa 1)

Or, potrivit dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 134 din HG nr. 395/2016, nu pot fi calificate ca fiind modificări ale ofertei tehnice informații transmise prin răspunsurile la solicitările de clarificări, dacă informația se regăsește în documentele ofertei.

Jurisprudența a statuat în sensul în care Autoritatea contractantă are obligația de a verifica dacă informația primită printr-un răspuns la o solicitare de clarificări se regăsește în alt document al ofertei sau dacă se permite corectarea ei potrivit art. 134 alin. (7), (8) și (10) din HG nr. 395/2016.

Față de aceste aspecte, decizia CNSC de a declara de plano oferta Bozankaya ca inadmisibilă încalcă și dispozițiile art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016. Consiliul, în situația dată, ar fi putut cel mult să impună Autorității contractante reevaluarea ofertelor, prin verificarea dacă în cadrul ofertelor depuse se regăsește informația furnizată în solicitările de clarificări, nu să se substituie Autorității contractante și să se pronunțe asupra admisibilității ofertei, deoarece determinarea caracterului admisibil al unei oferte este o atribuție exclusivă a comisiei de evaluare. Or, prin Decizia contestată, CNSC se limitează doar la a face o verificare sumară și a valida criticile contestatorului PESA, fără a ține cont de apărările subscrisei și de cele arătate de Autoritatea contractantă prin punctul de vedere formulat.

Răspunsurile Bonzakaya la solicitările de clarificări sunt concludente

Prin Decizia contestată, CNSC apreciază că Autoritatea contractantă ar fi solicitat în mod repetat aceleași clarificări și consideră că acest lucru dovedește faptul că răspunsurile subscrisei ar fi fost neconcludente. Față de acest motiv, apreciază că oferta Bozankaya ar fi trebuit declarată ca fiind inadmisibilă, potrivit dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016.

Contrar celor reținute de CNSC, Autoritatea contractantă a respectat întocmai dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016, conform cărora: (i) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (ii) Comunicarea transmisă către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Aceste dispoziții legale reprezintă o consacrare a jurisprudenței constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene care a statuat în sensul în care dacă termenii unei oferte și circumstanțele

cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea arc, probabil, o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări.

În aplicarea dispozițiilor legale anterior menționate, jurisprudența s-a pronunțat constant în sensul în care autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă ca urmare a primirii unui răspuns la o solicitare de clarificări, dacă solicitarea nu este clară și explicită în privința documentelor și a explicațiilor furnizate. Relevante în acest sens sunt următoarele cauze:

> în situația în care consideră că informațiile furnizate nu sunt suficiente pentru luarea unei decizii certe vizavi de situația datatorilor..., comisia trebuia să îi transmită o solicitare clară și explicită în privința documentelor și explicațiilor/ informațiilor pe care dorea să le primească, astfel încât pe baza lor să stabilească dacă societatea figurează sau nu cu datorii la punctele de lucru și/sau sediu principal, autoritatea contractantă trebuia să verifice aceste aspecte, certificările constatatoare fiind în sprințul lămuririi situației. Se constată fără de cele de mai sus că, în mod eronat, a fost respinsă oferta

> Consiliul reține că autoritatea contractantă, prin solicitarea de clarificări nr. 3992/31.05.2016 nu a respectat atât cele precizate mai sus, cât și teza a doua a art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006, prin care se stabilește: „Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare”, dat fiind faptul că se solicită indicarea „unde”, în conținutul ofertei constatatoare, se regăsesc anumite elemente, limitând astfel posibilitatea contestatoarei de a răspunde, fără a se solicita, în mod expres, documentele considerate a fi necesare reevaluării ofertei contestatoarei, așa cum s-a dispus prin deciziile anterioare ale Consiliului.

> în măsura în care clarificarea pe care autoritatea a cerut-o cu privire la această cerință nu a fost una care să conducă ofertanta la înțelegerea nevoii reale de lămurire a comisiei de evaluare. Consiliul stabilește că interpretarea conținutului actelor depuse de asocieră având ca lider pe SC ... SRL, fără a fi lămurit cu ofertanta fiecare aspect considerat edificator pentru comisia de evaluare, reprezintă un demers care nu poate conduce la respingerea legală a ofertei. (...) Așa cum se preciza mai înainte, Consiliul constată că, raportat la nevoia sa de lămurire, reieșită din motivele de respingere a ofertei, solicitarea de clarificare pe care a înțeles să o transmită ofertantei a fost insuficientă. În acest context, Consiliul stabilește că nimic nu se opunea autorității contractante să ceară lămuriri și informații suplimentare asocierii, astfel încât să se edifice, pe baza actelor și informațiilor certe în posesia cărora ar fi fost, asupra caracterului conform sau nu al ofertei acesteia.

Prin Solicitarea de clarificări nr 80232/09.06.2020, Autoritatea contractantă a adresat un număr de 35 de întrebări operatorului economic. Bozankaya a răspuns punctual solicitării de clarificări astfel cum a fost înțelesă de această. În clarificarea menționată unele din cele 35 de puncte se suprapuneau sau repetau parțial. Ulterior răspunsului la solicitările de clarificări, Autoritatea contractantă a apreciat că nu s-a edificat cu privire la cele prezentate în cadrul ofertei tehnice și a transmis o nouă solicitare de clarificări. Procesul de evaluare și numărul de clarificări solicitate de o autoritate contractantă nu este limitat prin lege.

Prin Decizia sa, CNSC prezintă trunchiat solicitările de clarificări ale Autorității contractante referitoare la schișa detaliată a interiorului tramvaelor și calculul suprafețelor.

Astfel, prin Solicitarea de clarificări nr. 80232/09.06.2020, la întrebarea nr.2, Autoritatea contractantă a solicitat: transmiterea schișei detaliate a tramvaelului cu menționarea cotelor aferente fiecărei arii, precum și calculul complet al suprafeței destinate pasagerilor în picioare. Astfel cum se precizează și prin Răspunsul la solicitarea de clarificări, Bozankaya a „retransmis” schișa detaliată a tramvaelului cu suprafața care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare și modul de calcul al suprafeței destinate călătorilor în picioare.”

Schișa tramvaelului cu detalierea modului de calcul în cartușul tehnic al schișei se regăsește în propunerea tehnică, la pag. 33.

Prin Solicitarea de clarificări nr. 90053/30.06.2020, Autoritatea contractantă a solicitat a se prezenta modul de calcul al suprafeței care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare. Astfel, dacă anterior s-a solicitat calculul complet al suprafeței prin raportare la numărul de călători în picioare, ulterior s-a solicitat o explicație detaliată cu privire la suprafața efectiv pusă la dispoziție călătorilor în picioare.

Or, este evident că Autoritatea contractantă a înțeles că solicitarea de clarificări anterior transmisă nu este suficient de clară și explicită, motiv pentru care a transmis o nouă solicitare de clarificări.

CNSC a reținut de plano criticile operatorului PESA, apreciind că nu am fi transmis modul de calcul solicitat.

Or, dacă ar fi analizat solicitările de clarificări și răspunsurile transmise, ar fi constatat că la întrebarea nr. 2 din Solicitarea nr. 80232/09.06.2020, subscrisa a arătat calculul suprafeței în cartușul tehnic al schiței corelând acest calcul cu numărul călătorilor în picioare. Altfel spus, am arătat cum s-a stabilit numărul de călători în picioare prin raportare la v suprafața destinată acestora și standardul de încărcare/mp impus. ,

Față de Solicitarea nr. 90053/30.06.2020, subscrisa a prezentat, detaliat, modalitatea de calcul a suprafeței care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare, ce se poate identifica la pag. 33 din Propunerea tehnică. Altfel spus, subscrisa a prezentat calculul suprafeței destinate călătorilor în picioare, arătându-se unde în tramvaiul oferit sunt identificate aceste suprafețe, cu cote specifice pe fiecare subzonă liberă pentru verificarea suprafeței totale indicate în schița depusă.

De asemenea, subscrisa am retransmis schița care se afla deja la Autoritatea contractantă încă din momentul depunerii ofertei, precum și un extras mărit al suprafeței, pentru o mai bună vizualizare a cotelor. Regăsiți în Anexa 2 la prezenta plângere detaliat modalitatea în care s-a răspuns solicitării de clarificări nr. 90053/30.06.2020.

A subliniat faptul că Autoritatea contractantă nu a prezentat prin documentația de atribuire cum ar trebui să fie prezentată informația cu privire la modul de calcul. A arătat că în cadrul procedurii și alți operatori economici au prezentat în aceeași manieră modalitatea de calcul și au primit aceleași solicitări de clarificări. (Anexa 3)

În același sens, s-a răspuns și întrebării nr. 3 din această solicitare de clarificări, prezentându-se o versiune mărită a unei schițe deja depuse la pag.33 din oferta tehnică.

Prin urmare, contrar celor reținute de CNSC, solicitarea de clarificări nu a avut același obiect. Răspunsurile subscrisei au fost concludente și au avut în vedere solicitărilor autorității contractante astfel cum au fost acestea formulate.

Interpretarea potrivit căreia art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 nu permite autorității contractante să solicite o nouă clarificare în ipoteza în care nu se consideră lămurită încălca principiul buneii administrări statuat în jurisprudenta Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Mai mult, Curtea a arătat că principiul proportionalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

În acest sens, autoritatea contractantă trebuie să ia toate măsurile corespunzătoare pentru a evita excluderea nejustificată a candidaților în baza unor deficiențe din documentația depusă care ar fi putut fi corectate fără încălcarea exigențelor legale, cu condiția ca autoritatea contractantă să exercite un nivel corespunzător de diligență. în speță. Autoritatea contractantă a adoptat respectivele măsuri cu respectarea legii și a jurisprudenței CJUE și a declarat admisibilă oferta Bozankaya.

Urmare a criticilor unui ofertant plasat pe locul 3, prin interpretarea formală și excesivă a dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, CNSC a decis în mod nelegal să declare inadmisibilă oferta subscrisei, ignorând dispozițiilor art. 135 alin. (3), (7), (8) și (9) din HG nr. 395/2016.

Pentru a ajunge la această concluzie, CNSC a criticat de o manieră de neînțeles tocmai îndeplinirea obligațiilor conform legii de către Autoritatea contractantă pentru a identifica oferta care demonstrează „value for money”.

(37) Mai mult, este cu atât mai surprinzătoare atitudinea CNSC cu privire la clarificările adresate subscrisei, dacă observăm faptul că același CNSC a fost de acord cu clarificările similare adresate de Autoritatea contractantă concurentului PESA. CNSC a ignorat totodată și jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene care s-a pronunțat în sensul în care:

„acest principiu (n.n. principiul transparenței) impune ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod.”

Transmiterea declarației privind conflictul de interese nu încalcă dispozițiile art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016

Prin Decizia atacată, CNSC a constatat faptul că subscrisa nu ar fi transmis la solicitarea Autorității contractante declarația privind conflictul de interese, apreciind, print-o interpretare restrictivă și formală a dispozițiilor art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016 că acest aspect ar echivala transmiterea unui răspuns neconcludent la o solicitare de clarificare.

CNSC nu a analizat criticile subscrise prezentate prin cererea de intervenție formulată în care a arătat că dispozițiile art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016 nu sunt incidente în speță. Analizând conținutul acestor prevederi legale se constată că sunt norme de aplicare ale art. 209 din Legea nr. 98/2016. Or, acest din urmă articol se referă exclus la solicitările de clarificare formulate de către autoritatea contractantă cu privire la documentele din oferta depuse inițial de către ofertanți.

Prin Adresa nr. 38055/04.03.2020, comisia de evaluare a solicitat refacerea declarației pe proprie răspundere privind evitarea conflictului de interese, întrucât membrii comisiei de evaluare s-au schimbat în timpul desfășurării procedurii. Astfel, solicitarea Autorității contractante NU se încadrează în categoria solicitărilor de clarificare definite de art. 209 din Legea nr. 98/2016, și prin urmare art. 134 din HG nr. 395/2016 nu este aplicabil.

Chiar dacă prin absurd, s-ar reține incidența art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 a precizat următoarele:

- > Bozankaya a transmis întâodeauna în termen răspunsuri la solicitările autorității contractante.
- > Prin Adresa nr. 01/05.03.2020, Subscrisa a menționat expres existența declarației rețacuite solicitate de autoritatea contractantă, pe care dintr-o eroare materială nu a anexat-o răspunsului transmis. În aceste condiții, Autoritatea contractantă a revenit și a atenționat asupra faptului că nu s-a transmis atașamentul mesajului electronic. Este evident că o astfel de completare este admisibilă, atâta timp cât nu modifică oferta, nu creează avantaje și nu produce dezavantaje operatorilor și se adresează unui aspect pur formal, respectiv necesitatea de a înlocui o declarație deja depusă cu o declarație nouă, deoarece Autoritatea contractantă a modificat componenta unei comisii.

II. Soluția nelegală și neeternică a CNSC are drept rezultat calificarea în procedură a unui ofertant care nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire

În mod concret, în Raportele de specialitate nr. 93140/07.07.2020 și nr. 93039/07.07.2020 întocmite de experții tehnici STB și AFER cooperați de comisie (a se vedea pag. 1861-1851 și pag. 1819-1812 din dosarul achiziției), rapoarte care sunt anexa la Procesul-verbal nr. 93142/07.07.2020, se evidențiază următoarele:

(a) PESA nu a inclus în oferta sa documente și informații obligatorii, care au fost transmise prin răspunsurile la solicitările de clarificare, precum:

- lista de SDV-istică specifică și aparatele de diagnostică necesare verificării, diagnosticării, reglării, întreinerii și reparației tramvaielelor conform cerințelor obligatorii 6.7 și 7.10 din Caietul de sarcini;
- stocul minim de consumabile asigurat pentru mentenanța zilnică (stoc necesar pentru 6 luni) conform cerinței 17.2 din Caietul de sarcini;
- Schemele echipamentelor de ridicare a tramvaielelor - cerința cap. 5;
- Lista service-urilor autorizate - cerința 17.2 din Caietul de sarcini;
- sistemul de prindere a scaunelor;
- detaliile referitoare la invertorul static/auxiliar, dezvoltate în clarificare;

(b) Aspecte de neconformitate care au fost clarificate în etapa evaluării ofertei se identifică și Procesul Verbal nr. 93356/07.07.2020 (pag. 1871 din dosarul achiziției). Comisia de evaluare a fost nevoită să se întoarcă în etapa de evaluare tehnică și să solicite ofertanților clarificarea necoordonanțelor din documentele prezentate în cadrul ofertei tehnice cu informațiile înscrise în fața de cele detaliate în oferta tehnică. (Anexa 4). PESA a confirmat prin propriul răspuns (pag. 1876 din Dosarul achiziției) că Anexa 1 conține informații în contradicție cu valorile încărcate în SEAF justificând completarea Anexei 1 ca și o confirmare a cerințelor minime, completând coloana "Valori furnizate de ofertant" cu aceleași cifre din coloana pre-completată din șablon, cifre care nu reprezentau oferta sa. (Anexa 5)

Conform Procesului Verbal nr. 93356/07.07.2020 (pag. 1866 din Dosarul achiziției) din Anexa 1 (Anexa 6), datele completate de PESA la celelalte 2 criterii de evaluare - nr. de pasageri pe scaun/ nr. total de pasageri sunt diferite de o simplă "confirmare" a cerințelor minimale, ceea ce demonstrează ca motivele invocate pentru a justifica modificarea propriei oferte nu pot fi reținute.

De asemenea, e dificil a crede ca un ofertant diligent și suficient de informat nu distinge diferența dintre un tabel de conformitate în care ofertantului i se solicită completarea cu "Da/Nu" la îndeplinirea cerințelor minimale și modelul de formular Anexa 1 din documentația de atribuire, în care sunt prezentate în paralel cerința minimală și parametrii tehnici ofertați de fiecare operator economic.

În consecință, centralizatorul punctajelor de la finalul evaluării tehnice era următorul:

Tatra - locul 3 11.1 pt
Durmazlar - locul 2 14.0 pt
Pesa — locul 4 10.6 pt
Bozankaya - locul 1 16.6 pt

În urma clarificării transmise, prin modificarea ofertei referitoare la garanția acordată, oferta PESA câștigă în mod nejustificat 3 puncte, iar, în Procesul-verbal nr. 94954/10.07.2020, clasamentul se schimbă după evaluarea tehnică (pag 1877) și devine următorul:

Tatra - locul 4 Durmazlar - locul 2 Pesa - locul 3 Bozankaya - locul 1

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare, PESA își asumă ofertarea unei garanții mai mari care a determinat schimbarea poziției în clasament. Or, urmare a Deciziei CNSC, prin care au fost validate de plano toate criticile acesteia, cele 2 oferte clasate pe locul I și II ar deveni inadmisibile cu consecința de a rămâne câștigătoare procedurii de atribuire.

În altă ordine de idei, deși ar fi trebuit să rămână clasată pe ultimul loc, prin schimbarea ofertei, PESA ajunge să fie declarată câștigătoare procedurii de atribuire.

Or, Decizia CNSC este cu atât mai surprinzătoare cu cât în formularul de ofertă tehnică prezentat PESA a copiat integral informațiile identificate în caietul de sarcini și le-a reiterat în coloana referitoare la îndeplinirea cerințelor. În aceeași manieră au fost prezentate și ofertele TATRA and DURMAZLAR, aspect criticat de către PESA. (Anexa 7)

CNSC a ales în mod nejustificat să nu analizeze criticile formulate pe larg în cadrul contestației referitoare la neconformitățile tehnice arătate de Bozankaya cu privire la oferta Tatra Yug, apreciindu-le ca rămase fără obiect. Având în vedere că aceste critici nu au fost analizate de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, solicităm, în temeiul art. 34 din Legea nr. 101/2016 analiza tuturor criticilor arătate prin Contestație.

În concluzie, față de toate argumentațiile sus-menționate, a solicitat admiterea plângerii, modificarea în parte a Deciziei atacate ca fiind nelegală și netemeinică și, pe cale de consecință:

> menținerea deciziei Autorității contractante de a declara oferta subscrisei ca fiind admisibilă.

> admiterea contestației subscrisei formulată în fața Consiliului Național de Soluționare al Contestațiilor în integralitatea sa și

> obligarea intimatelor la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.

În drept art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții invocate în prezenta Plângere.

Intimata POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A., a formulat întâmpinare prin care a solicitat respingerea plângerii Bozankaya ca nefondată și menținerea integrală a Deciziei CNSC pentru următoarele motive:

1 Aspecte prealabile

Decizia CNSC a admis contestația subscrisei (clasată pe locul III în clasamentul final), în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I (Tatra) și II (Bozankaya) în clasament, precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentare călători transportați în picioare și Număr suplimentare călători transportați pe scaune, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor menționate, conform celor evocate în motivarea acestei decizii.

Cu privire la oferta Bozankaya, a arătat pe larg în cuprinsul contestației formulate faptul că:

(i) pe de o parte, acest ofertant nu a răspuns în termenul stabilit, la o serie de solicitări transmise de Comisia de evaluare, pe parcursul evaluării ofertelor, iar

(ii) pe de altă parte, Bozankaya nu a depus o ofertă conformă cu cerințele documentației de atribuire, completând și modificând nepermis oferta prin răspunsurile la clarificări din faza de evaluare a ofertelor.

Astfel, în cuprinsul Contestației am arătat pe larg faptul că oferta depusă de Bozankaya nu a respectat numeroase cerințe din Caietul de Sarcini și din documentația de atribuire, iar cel puțin o parte din răspunsurile la solicitările de clarificări au fost neconcludente, astfel încât Autoritatea contractantă trebuia să declare această ofertă drept inadmisibilă.

De altfel, chiar simpla parcurgere și numai a solicitărilor de clarificări nr. 80232/09.06.2020 și nr. 90053/30.06.2020 denotă multitudinea de neconformități/lipsuri din oferta inițială, dar și nerespectarea evidență a obligației de a răspunde la termen la solicitările de clarificări de pe parcursul evaluării ofertelor.

Față de susținerea și argumentele punctuale invocate de subscrisa, după ce a analizat pe rând aspectele învederate, CNSC a concluzionat în esență, faptul că în mod nelegal autoritatea contractantă a constatat caracterul conform al propunerii tehnice depuse de Bozankaya, deoarece (analiza fiind făcută la paginile 39 jos - 44 din Decizia CNSC, argumentație completată de considerentele generale de la paginile 30 -32 la care face trimitere la pagina 40 sus din decizia CNSC):

- pe de o parte, "acest ofertant nu a răspuns, în termenul impus, clarificărilor primite", iar
- pe de altă parte, "prin clarificările transmise a completat nepermis conținutul propunerii tehnice", CNSC arătând în mod judicios faptul că această situație este "sanționată de legiuitor cu respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei în cauză".

În adoptarea acestei decizii, CNSC a realizat o analiză detaliată, corectă, conformă cu și mai ales, bazată pe prevederile legale în materia achizițiilor publice a modului în care ofertanții trebuie să își întocmească oferta, dar și a modului în care acestea pot fi clarificate pe parcursul evaluării. De asemenea, Decizia CNSC s-a bazat pe larg atât pe jurisprudența CJUE, dar și pe decizii adoptate la nivelul Curților de Apel.

De altfel, Decizia CNSC continuă jurisprudența îndelung statuată la nivelul instanțelor cu privire la inadmisibilitatea unei completări, modificări a ofertelor pe calea răspunsurilor la clarificări, din faza de evaluare a ofertelor, așadar după depunerea ofertelor în cadrul procedurii. O practică contrară ar deschide practic calea modificării ofertelor depuse inițial de ofertanți prin diverse teripuri (invocându-se faptul că o modificare/ completare ar fi de fapt "clarificare"), contrar rigorilor clar statuate de legislația aplicabilă și mai ales contrar principiilor esențiale ce guvernează aceste proceduri, inclusiv tratamentul egal al ofertanților și transparența procedurii.

A învederat că Plângerea formulată de Bozankaya, deși face trimitere, în cuprinsul acesteia, la un număr de 8 anexe 1-a fost transmisă fără aceste anexe.

Conform art. 31 (1) din Legea nr. 101/2016:

"(1) Partea care formulează plângerea este obligată să comunice, în termenul prevăzut la art. 29, o copie de pe aceasta, precum și de pe înscrisurile doveditoare și celelalte/ce/orlalte părți implicate în procedura de contestare în fața Consiliului, depunând dovada de comunicare în fața instanței până la primul termen de judecată, sub sancțiunea respingerii plângerii ca fiind tardivă."

De altfel, faptul că anexele nu i-au fost transmise rezultă și din Nota de inventar anexată plângerii în care nu se menționează anexele.

Față de caracterul urgent al procedurii de achiziție publică, având în vedere termenul foarte scurt și limitativ în care trebuie formulate apărățile, pe calea întâmpinării, rolul acestor obligații devine expres de importanță. Astfel, în lipsa înscrisurilor pe care se bazează partea care formulează plângerea (înscrisuri la care societatea sa nu a avut acces până în prezent - cel puțin în ceea ce privește Anexele 1 și 2 care conțin extrase din Propunerea tehnică a ofertantului Bozankaya) societatea sa nu se poate apăra complet și corect.

Față de aceste considerente a solicitat respingerea plângerii în temeiul art. 31 (1) din Legea 101/2016 ca fiind tardiv formulată, raportat la lipsa anexelor.

În subsidiar, în cazul în care nu se va admite solicitarea sa în integralitate (deși legea nu distinge în acest sens), a solicitat să fie respinse ca tardive și să nu fie luate în calcul, toate acele elemente din Plângere care se bazează pe Anexele atașate.

Nu în ultimul rând, a arătat că ofertantul Bozankaya (ca și ofertantul Tatra de altfel) aduce pe calea Plângerii argumente în susținerea celor invocate cu totul noi față de cele arătate prin cererea de intervenție formulată. Or, cum cererea de intervenție permisă de art. 17 (3) din Legea 101/2016 are, prin excepție de la cadrul general, un termen limită în care poate fi invocată (10 zile de la publicarea contestației în SEAP), rezultă că orice alte apărări ulterior formulate sunt tardive.

În mod corect, CNSC a decis faptul că ofertantul Bozankaya nu a răspuns în termen solicitărilor de clarificări, fapt ce impune respingerea ofertei drept inacceptabilă.

Astfel, prin Contestația formulată, a invocat față de oferta Bozankaya mai întâi faptul că acest ofertant nu a răspuns în termenul stabilit, la o serie de solicitări transmise de Comisia de evaluare, pe parcursul evaluării ofertelor.

În acest sens, am invocat următoarele aspecte:

(i) Pe de o parte - prin Adresa nr. 38055/04.03.2020 (subpunctul al doilea), Comisia de evaluare a solicitat expres acestui ofertant să retransmită declarația pe proprie răspundere privind evitarea conflictului de interese

(cu lista actualizată a persoanelor relevante).

În cuprinsul adresei s-a stabilit un termen limită de transmitere a răspunsului pentru data de 06.03.2020, menționându-se expres faptul că netransmiterea în perioada de timp stabilită a clarificărilor / răspunsurilor solicitate duce la aplicarea art. 134 (5) din HG 395/2016 care stabilește:

"în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după eaz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă."

Prin Adresa 40685/10.03.2020, Comisia de evaluare revine cu solicitarea de a primi declarația privind evitarea conflictului de interese, arătând că, în cazul răspunsului încărcat în SEAP în data de 06.03.2020 "aceasta nu se regăsește".

(ii) Pe de altă parte - prin Adresa nr. 80232/09.06.2020 Autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant, între alte:

(la punctul 1) clarificări privind îndeplinirea cerinței privind omologarea;

(la punctul 2) să precizeze calculul complet al suprafeței destinată pasagerilor în picioare.

Similar, cu situația expusă mai sus, prin această adresă, comisia de evaluare a stabilit un termen limită de transmitere a răspunsului pentru data de 12.06.2020, menționându-se expres faptul că netransmiterea în perioada de timp stabilită a clarificărilor / răspunsurilor solicitate duce la aplicarea art. 134 (5) din HG 395/2016 - sus citat.

Așadar, și în acest caz, ofertantul a fost complet informat în avans asupra consecințelor în cazul în care nu răspunde complet și concludent solicitărilor transmise, în sensul că oferta acestuia va fi declarată neconformă.

Din Adresa nr. 90053/30.06.2020, reiese însă cu claritate faptul că până la acea dată (așadar cu mult peste termenul limită), ofertantul nu a transmis Autorității contractante clarificările și informațiile suplimentare solicitate, solicitările anterioare fiind practic reiterate la punctul 1 și 2 din această adresă.

A arătat așadar prin Contestație că, Autoritatea contractantă, deși a constatat în mod cert faptul că documentul/ clarificarea/ informația solicitate nu au fost transmise până termenul stabilit de aceasta, a preferat să revină cu solicitarea de transmitere a acestora. Chiar și simplul fapt că o referință la declarația privind conflictul de interese fusese făcută în răspunsul transmis de ofertant (fără a atașa declarația însă) - fapt invocat de Autoritatea contractantă pentru a reveni asupra solicitării - nu este de natură a înlătura de la aplicare prevederile art. art. 134(5) sus citat care obligă la declararea unei oferte drept inacceptabilă, atât timp cât documentul solicitat nu a fost transmis în termenul stabilit.

80

Cu atât mai mult era obligată Autoritatea contractantă să respingă oferta în cazul celorlalte două clarificări (omologare și calcul suprafețe), cu privire la care Autoritatea nu invocă nici un fel de referință la aceasta în cuprinsul răspunsului primit anterior de la ofertant.

Prin Cererea de intervenție depusă în fața CNSC, Bozankaya a adus la punctul 2 din cerere, o serie de argumentele referitoare la declarația privind conflictul de interese însă cu privire la susținerea societății sale privind lipsa unui răspuns în termen la aspectele referitoare la cerințele privind omologarea și calculul suprafeței destinate pasagerilor în picioare prin Adresa nr. 80232/09.06.2020, Bozankaya nu a adus niciun fel de argument prin respectiva Cerere de intervenție. Prin Plângerea de față Bozankaya reia (la punctele 38 - 42) argumentația privind declarația ce privea conflictul de interese,

- aduce suplimentar - pentru prima dată în această cale de atac (în mod tardiv) argumente privind faptul că la nivelul ofertei ar fi existat calculul suprafeței pasagerilor în picioare, însă nu aduce niciun argument privind faptul că nu a răspuns în termen cerinței privind omologarea. Or, cu privire la omologare, Autoritatea contractantă:

a solicitat expres clarificări prin Adresa nr. 80232/09.06.2020 - punctul 1 și a revenit IDENTIC cu solicitarea prin Adresa nr. 90053/30.06.2020 - punctul 1, cu mult peste termenul limită stabilit (12.06.2020)

Astfel, pe lângă argumentele concrete aduse de subscrisa (la punctul III.2.1), însăși lipsa completă a vreunui răspuns din partea Bozankaya în cadrul apărării / plângerii făcute de aceasta denotă fără putință de tăgadă că, de fapt, nerespectarea termenului este atât de evidentă încât nu se pot formula niciun fel de apărări în acest sens.

De altfel, nici Autoritatea contractantă nu a adus nici un fel de argumente în acest sens prin Punctul de vedere depus în dosar.

Cu privire la argumentele aduse de Bozankaya, la secțiunea I.C din Plângere (punctele 38 - 42) în care aceasta încearcă să invoce faptul că lipsa transmiterii în termenul impus a declarației privind conflictul de interese nu ar trebui să atragă respingerea ofertei sale, a arătat că:

Susținerea Bozankaya potrivit căreia oferta se respinge ca inadecvată exclusiv în situația în care solicitările de clarificări la care nu s-a răspuns în termen privesc documente din oferta depuse inițial, sunt nefondate și denaturează sensul prevederilor legale.

În primul rând, a arătat că, prin cererea de intervenție, Bozankaya recunoaște practic că nu a deus declarația privind conflictul de interese actualizată solicitată în termenul indicat de către Autoritatea contractantă, răspunzând abia ulterior, peste termen. Ce invocă, de fapt acest ofertant, este că nu avea obligația să răspundă în termenul indicat, întrucât actualizarea acestui document solicitat de către Autoritatea contractantă a fost determinată de un fapt ulterior depunerii ofertei.

Interpretarea dată de Bozankaya textelor legale este total eronată și forțată astfel încât să încerce o justificare a răspunsului trimis cert cu întârziere.

Astfel, potrivit art. 134 alin. (5) din HG 395/2016:

„în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inadecvată.”

Bozankaya invocă astfel prevederile art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 care, în opinia sa s-ar referi "exclusiv la solicitările de clarificări formulate de către autoritatea contractantă, cu privire la documentele din oferta depuse inițial de către ofertanți".

Prevederile art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 stabilesc că:

„în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsește anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertei sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

O interpretare potrivit căreia doar clarificările vizând documentele prezentate inițial în oferta ar atrage respingerea ofertei ca inadecvată în cazul lipsei unui răspuns în termenul indicat de către Autoritatea contractantă este excesivă și contravine atât textului cât și scopului prevederilor legale.

Inclusiv la o interpretare literală a textului observăm că nicăieri nu se regăsește sintagma „documente depuse inițial”, așa cum susține Bozankaya, textul de lege referindu-se expres la „completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertei”.

A arătat că declarația privind conflictul de interese (fie ea inițială sau actualizată) face parte din ofertă, astfel încât solicitarea a vizat un document prezentat în cadrul ofertei. Mai mult, Autoritatea contractantă a solicitat o completare a acestei declarații în sensul actualizării raportat la modificările intervenite la nivelul personalului Autorității contractante, cu privire la care trebuia evaluat conflictul de interese. Așadar solicitarea Autorității contractante a vizat chiar o "completare" a unui document prezentat în cadrul ofertei - declarația de interese, astfel încât să fie acoperite toate persoanele relevante din personalul Autorității. Faptul că Autoritatea contractantă a solicitat o "declarație actualizată" nu înlătură declarația anterioară (care continuă să producă efecte cu privire la personalul respectiv raportat la data la care a fost emisă), ci susține chiar faptul că aceasta completează declarația dată anterior (care viza o componentă diferită a personalului relevant al autorității). Prin urmare, chiar raportat la textele legale invocate de Bozankaya este evident că aceasta era obligată să răspundă în termenul indicat expres prin solicitarea de clarificări a Autorității contractante.

O interpretare contrară a prevederilor legale ar conduce la concluzia (absurdă) că ori de câte ori Autoritatea contractantă solicită actualizarea unor documente, ofertanții au la dispoziție o perioadă de timp nelimitată pentru a răspunde, întrucât nevoia acestei actualizări a intervenit ulterior. Astfel, în această ipoteză, acești ofertanți nu ar fi ținuți de niciun termen, putând depune documentele solicitate oricând pe parcursul procesului de evaluare, tergiversând astfel procedura, fără ca Autoritatea contractantă să aibă la dispoziția sa un mijloc de a sancționa această conduită abuzivă prin respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Contrar interpretării Bozankaya, termenele de răspuns stabilite de Autoritatea contractantă prin solicitările de clarificări sunt termene imperative conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016, iar consecințele nerespectării acestor termene sunt stabilite de textele de lege mai sus-citate, care prevăd expres sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă în cazul lipsei unui răspuns în termen. Aceste prevederi nu pot fi interpretate restrictiv, așa cum în mod eronat susține Bozankaya, legea nefăcând distincție între documente depuse inițial sau documente ce necesită actualizare pe parcursul procedurii, atât timp cât aceste documente fac parte din ofertă. Or, acolo unde legea nu distinge, nici interpretul nu poate distinge (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Mai mult, prevederea de la art. 134 alin. 5 din HG 935/2006 nu cunoaște excepții (așa cum sunt prevăzute pentru situația în care ofertantul și-a modificat oferta, unde art. 134 alin. 7 permite excepții de la alin. 6).

Prin urmare, argumentele Bozankaya de la punctul (42) din Plângere, în sensul că ar fi existat o eroare de transmitere a declarației și că oricum completarea nu modifică oferta, nu crea avantaje, / dezavantaje sunt irelevante și nu sunt susținute de prevederi legale.

Din contră:

art. 134 alin. (5) din HG 396/2016 stabilește expres că dacă "ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă". Iar conform art. 125 din HG 395/2016: "Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă."

Rezultă astfel, fără niciun dubiu, faptul că ofertantul Bozankaya nu a transmis în termenul prevăzut expres în solicitare declarația solicitată de Autoritatea contractantă, motiv pentru care oferta acestuia trebuie declarată neconformă.

Fără de această situație de fapt și prevederile legale clare, în mod corect CNSC a statuat. La pagina 40 din Decizia CNSC, faptul că criticile subscrisei sunt întemeiate. Astfel CNSC arată inclusiv faptul că, deși prin chiar propria adresă de solicitare de clarificări, comisia a arătat expres și subliniat faptul că dacă ofertantul nu transmite în termenul precizat clarificările/ completările solicitate, oferta sa va fi declarată inacceptabilă, cu toate acestea, a constatat CNSC că "comisia de evaluare nu a aplicat situației dispozițiile art. 134 a Un. (5) din HG 395/2016, invocate, ci a ales să revină cu o nouă clarificare vizând același subiect".

Mai mult, constată inclusiv CNSC faptul că, prin punctul de vedere transmis, Autoritatea contractantă a omis să dea o explicație acestui fapt.

Prin urmare, este evident că CNSC a făcut o analiză corectă, bazată pe prevederile legale incidente statuat, în mod corect, asupra faptului că ofertantul Bozankaya nu a răspuns la termenul solicitării de clarificări, motiv pentru care oferta acestuia trebuia respinsă ca inadecvată. În ceea ce privește argumentația Bozankaya privind calculul suprafeței călătorilor, adusă exclusiv prin Planșera formulată, a arătat:

Conform art. 17 (3) din Legea 101/2016:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.

Așadar, orice apărări pe care ofertantul Bozankaya le putea invoca în apărarea sa, trebuiau invocate în termenul de 10 zile stabilit de lege, pe calea cererii de intervenție pe care de altfel a și formulat-o.

În caz contrar, dacă s-ar admite o altfel de abordare, practic rolul termenului de 10 zile stabilit de lege ar rămâne golit de conținut, persoanele interesate putând să invoce apărări inclusiv pe calea planșerii, ceea ce ar contraveni scopului legii, dar și specificului acestor proceduri care sunt caracterizate de urgență.

Mai mult, la punctele 25, 26 din Planșere, ofertantul Bozankaya impunea CNSC faptul că nu ar fi analizat cu atenție solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea. Faptul că CNSC a făcut această analiză reiese de la pagina 42 din Decizia CNSC, de unde rezultă că CNSC a verificat răspunsul la solicitările de clarificări, însă nu a găsit transmis modul de calcul decât ca răspuns la a doua solicitare de clarificări. Mai mult, dacă ofertantul însuși, care cunoaște foarte bine propria ofertă și modul în care a răspuns la întrebări, nu a înțeles să formuleze nici un fel de apărări de substanță (în care se indice modul în care a răspuns concludent fiecărei solicitări primite) este surprinzător cum totuși impunea CNSC faptul că nu l-ar fi verificat răspunsurile.

În orice caz, susținerile de fond așa cum reies din Planșere (fără anexe) sunt netemeinice.

Așfel prin Adresa nr. 80232/09.06.2020, Comisia de evaluare a solicitat următoarele:

2. Având în vedere solicitarea caietului de sarcini „Ofertantul va prezenta o schiță detaliată a interiorului tramvaiului, va preciza suprafața care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare și va furniza modul de calcul al suprafeței destinate călătorilor în picioare”, va solicitam să menționarea cotelor aferente fiecărei arii, precum și calculul complet a suprafeței destinate pasagerilor în picioare

Prin Adresa nr. /30.06.2020, Comisia de evaluare revine și solicită următoarele:

2. Având în vedere solicitarea din adresa nr. 80232 / 09.06.2020 cu privire la cerința caietului de sarcini „Ofertantul va prezenta o schiță detaliată a interiorului tramvaiului, va preciza suprafața care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare și va furniza modul de calcul al suprafeței destinate călătorilor în picioare”, va solicitam să precizați modul de calcul al suprafeței care a stat la baza calculului numărului de calatori in picioare.

Așadar, Comisia de evaluare citează expres din cerința din Caietul de sarcini și revine cu aceeași solicitare. Prin urmare, având în vedere că cerința era practic identică, fiind evident că nu s-a răspuns concludent la prima cerere, este de natura evidenței că nu se pune problema nici a aplicării principiului proporționalității, exercitării rolului activ al Autorității contractante, în realitate. Răspunsul la prima solicitare nu a fost transmis, motiv pentru care nu mai intră în discuție aceste considerente.

Bozankaya se apără invocând faptul că, drept răspuns la prima solicitare de clarificări ar fi transmis schița tramvaiului, modul de calcul fiind de fapt regăsit în cartușul tehnic al schiței. Este evident că un calcul din cartușul unei schițe tehnice (unde spațiul alocat este foarte mic) nu poate răspunde nici cerinței expres din Caietul de sarcini de a furniza, evident separat de schiță, modul de calcul al suprafeței destinate călătorilor în picioare, dar cu atât mai mult, nu poate răspunde la solicitări suplimentare adresate de Comisia de evaluare. Trebuie avut în vedere că această solicitare a fost adresată după ce Comisia a parcurs oferta, a văzut datele din ofertă, iar raportat la faptul că aceste date nu erau suficiente pentru evaluarea conformității, Comisia a solicitat un calcul complet.

De fapt, prin Plângere, Bozankaya încearcă inclusiv să inducă ideea că prima solicitare de clarificări nu ar fi fost clară și de aceea, Comisia de reevaluare a revenit cu solicitare.

În realitate, pe de o parte cerința venea din documentația de atribuire, fiind foarte clar formulată (mod de calcul suprafață), iar pe de altă parte, cerința a fost reiterată practic în a doua solicitare (din 30.06.2020).

Mai mult, a invoca, la acest moment, că cerința din Caietul de Sarcini sau din solicitarea de clarificări nu ar fi fost clară este în mod evident tardiv, ofertantul având un termen limitat în care poate contesta documentația de atribuire/ solicitările de clarificări, sau în care să solicite cel puțin clarificări la acestea. Presupunând că cerințele ar fi fost neclare, așa cum susține ofertantul Bozankaya, oricum lipsa acestor demersuri de minimă diligență, fac ca atât documentația de atribuire cât și solicitările de clarificări să își fi consolidat efectul obligatoriu definitiv față de ofertant, astfel încât acesta nu se mai poate apăra în acest sens.

În mod corect, CNSC a decis faptul că ofertantul Bozankaya a completat nepermis oferta sa prin răspunsul la solicitările de clarificări, fapt ce impune respingerea ofertei drept inacceptabilă.

Preliminar a arătat că, prin Contestație, a arătat punct cu punct, pe patru pagini lipsurile și văditile neconformități care rezultau cu evidență din solicitările de clarificări transmise de Comisia de Evaluare acestui ofertant.

De asemenea, prin Contestație am arătat, la secțiunea III că:

la punctul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, din Fișa de date se stabilește în mod expres și extrem de clar:

Cerințele tehnice din caietele de sarcini sunt minime și obligatorii. Operatorii economici vor prezenta informațiile necesare pentru elaborarea propunerii tehnice astfel încât să permită identificarea cu ușurința a corespondenței cu specificațiile tehnice minime din caietul de sarcini. Neîndeplinirea oricărei cerințe din documentația de atribuire, constituie motiv pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă, respectiv neconforma. Propunerile tehnice se vor elabora în conformitate cu prevederile caietului de sarcini.

Fișa de date a stabilit în mod transparent față de toți ofertanții faptul că, în cazul în care oricare dintre cerințele stabilite prin documentația de atribuire nu sunt respectate, acest lucru duce la respingerea ofertei ca inacceptabilă/ neconformă.

Din Solicitățile de clarificări transmise ofertantului Bozankaya cu ocazia evaluării ofertelor (anexate la Contestație), rezultă cu evidență faptul că, între altele, ofertele depuse de cei doi ofertanți nu au respectat rigorile stabilite prin Fișa de date (sus citate), astfel încât se impunea respingerea acestei oferte drept inadmisibilă.

Depunerea documentelor ca răspuns la clarificări, în faza de evaluare a ofertelor echivalcăză cu o completare nepermisă a ofertei, și inclusiv cu o avantajare nepermisă a unui ofertant

Conform art. 62 și art. 134 din Normele Metodologice de aplicare ale Legii 98/2016, clarificările sau completările pe care comisia de evaluare le poate solicita în etapa de evaluare a ofertelor vizează exclusiv verificarea ofertei (tehnice sau financiare) cu cerințele din documentația de atribuire, iar nu completarea acesteia, cu elemente pe care ofertantul a omis să le includă de la bun început în cuprinsul acesteia. Astfel:

Art. 62. (1) în cazul în care, în scopul verificării conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini sau în scopul verificării propunerii financiare, autoritatea contractantă solicită prezentarea anumitor clarificări/completări, atât solicitarea, cât și răspunsul ofertantului se transmit în SEAP în format electronic, semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

Art. 134. (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

A invocat de asemenea jurisprudența constantă atât a CNSC cât și a Curților de Apel, în acest sens.

A arătat în plus că potrivit, art. 215 (3) - (6) din Legea 98/2016:

(3)Oferta admisibilă este oferta care nu este inacceptabilă, neconformă sau neadecvată.

(4) Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, a fost prezentată de către un ofertant care nu are calificările necesare sau al cărei preț depășește valoarea estimată, astfel cum a fost stabilită și documentată înainte de inițierea procedurii de atribuire, iar aceasă valoare nu poate fi suplimentată.

(5) Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegere anti-concurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobșnuit de scăzută.

(51) Oferta este considerată neadecvată dacă este lipsită de relevanță față de obiectul contractului, neputând în mod evident să satisfacă, fără modificări substanțiale, necesitățile și cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției.

(6) Solicitarea de participare este considerată neadecvată în situația în care candidatul se află în una dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 sau nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite de autoritatea contractantă.

Fără a rețua integral argumentele pentru care oferta Bozankaya a fost depusă ne-conform fiind completată nepermis în faza de evaluare a ofertelor, a arătat sintetizând, CNSC a reținut în mod corect, următoarele aspecte de ordin general (pe deplin aplicabile speței de față) și în raport cu care a constat inadmisibilitatea ofertei Bozankaya (dar și a Tatra):

(i) potrivit art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, ofertanții sunt ținui să își elaboreze oferta în strictă conformitate cu prevederile documentației de atribuire; în aceeași măsură și Autoritatea contractantă are obligația imperativă de a respecta propriile reguli stabilite prin documentație și de a le aplica în mod unitar tuturor ofertanților, conform principului tratamentului egal; orice ofertă ce nu respectă aceste reguli va fi respinsă ca inacceptabilă.

A învederat că, prin Fișa de date, chiar Autoritatea contractantă a stabilit expres faptul că ofertanții trebuie să respecte cu strictețe cerințele stabilite prin documentația de atribuire, sub sancțiunea respingerii ofertelor.

(ii) potrivit art. 209 din Legea 98/2016, în procesul de evaluare a ofertelor, în cazul în care anunțite informării lipsesc sau sunt incomplete/eronate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări ofertanților, fără a avea dreptul însă de a determina apariția unui avantaj evident în favoarea unui anumit ofertant.

Este important a se reține faptul că, acest drept de a solicita clarificări ofertanților, ci trebuie interpretat și aplicat în strict acord cu principiile ce guvernează orice procedură de achiziție publică - transparență, tratament egal etc.

Astfel, deși există un drept general al autorităților contractante de a solicita clarificări ofertanților în cadrul procedurii de atribuire, acestea trebuie să aibă drept scop strict clarificarea anunțitor informării existente în cadrul ofertei pentru a verifica dacă oferta depusă (inițial) este sau nu în conformă, în conformitate cu prevederile legale și nu modificarea/completarea nepermisă a ofertei, după cum vom arăta în cele ce urmează.

(iii) Concluzia de mai sus este susținută de dispozițiile art. 134 (1), respectiv (6) din Normele Metodologice de aplicare ale Legii 98/2016 (aprobat prin HG 395/2016):

Art. 134. (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

Art. 134. (6) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul pro-punerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(iv) Singurele excepții care ar putea conduce la acceptarea ofertei în baza art. 134 alin. (7)-(9) din HG 395/2016 sunt abaterile tehnice minore sau viciile de formă. Așa cum a arătat pe larg în cuprinsul contestației și cum de altfel nu a negat nici petenta, modificările aduse de Bozankaya prin răspunsurile la solicitările de clarificări nu se încadrează în niciuna dintre aceste categorii.

În lumina celor de mai sus, arătăm că, decizia CNSC este legală și în acord cu dispozițiile legale mai sus citate, întrucât așa-zisele clarificări aduse de Bozankaya în cadrul răspunsurilor la solicitările Autorității contractante au reprezentat în fapt reale modificări/completări ale ofertei depuse de aceasta, modificări care atrag inadmisibilitatea ofertei Bozankaya.

182

Ca și ofertantul Tatra, și acest ofertant susține că "toate informațiile prezentate în răspunsurile la solicitarea de clarificări se află în cadrul ofertei". În acest sens, ofertantul Bozankaya susține, la punctele 10-11 că, în Anexa 1 la Plângere ar fi prezentat un tabel comparat în care se arată paginile din oferta tehnică depusă în care s-ar putea identifica informațiile prezentate prin raportare la fiecare solicitare de clarificări.

Mai mult, au arătat cu titlu de exemplu, modul în care însăși Comisia de Evaluare, după ce a analizat propunerea tehnică a Bozankaya, a înțeles să îi adreseze acesteia întrebări (mai jos doar un extrase relevante din Adresa nr. 80232/09.06.2020):

Prin caietul de sarcini s-a solicitat prezentarea unor "buletine de măsurători" din care să reiasă consumul suplimentar de energie pe timp de vară și iarnă.

Dvs. ati prezentat un tabel care conține aceste informații. Va solicităm să prezentați buletinele de măsurători sau să menționați modalitatea concretă (calcul/ măsurători/ încercări/ etc.) prin care s-a ajuns la valorile oferite.

Având în vedere cerința caietului de sarcini „Ofertantul va prezenta arhitectura întregului sistem informatic instalat pe tramvaie(...)”, va solicităm prezentarea acesteia.

Va solicităm prezentați fișa echipamentului de protecție, solicitată prin caietul de sarcini în cadrul secțiunii „condiții speciale”

Va solicităm să prezentați manualul pentru pantograful produs de STEMMANN tradus în limba română, așa cum s-a menționat în fișa de date a achiziției. Totodată, va solicităm să indicați dacă pantograful cu care va fi dotat tramvaiul este cel pentru care s-au depus documente în cuprinsul ofertei.

Având în vedere cerința caietului de sarcini „Motoarele electrice de tracțiune trebuie să fie de tip asincron sau cu magneți permanenți, auto-ventilate sau ventilate forțat cu electroventilat oare fără perii, realizate cu lagăre fără întreținere și dotate cu senzori pentru sesizarea depășirii temperaturii normale de funcționare, montați în stator”, va solicităm modalitatea de îndeplinire a cerinței dat fiind faptul că nu se regăsesc informații cu privire la „(...)asincron sau cu magneți permanenți

Rezultă așadar cu evidență, lipsurile clare identificate în ofertă. Mai mult, Adresa sus menționată nr. 80232/09.06.2020 a avut nu mai puțin de 13 pagini de solicitări de completări de ofertă. Iar această adresă a mai fost urmată de una suplimentară nr. 90053/30.06.2020 (dat fiind răspunsul incomplet dat de acest ofertant chiar și la respectiva solicitare de clarificări).

În cuprinsul contestației, a arătat pe larg, la punctul 77 inclusiv cerințele din documentația de atribuire care impuneau prezentarea acelor informații în propunerea tehnică.

Prin urmare, cele invocate de ofertantul Bozankaya a fi fost incluse în ofertă este evident că lipseau din moment ce Autoritatea contractantă a venit cu solicitări atât de multe și de detaliate de completări practice. Mai mult, față de volumul extrem de mare al acestor solicitări a invoca situația arhitecturii sistemului informatic devine relevant (dincolo de faptul că în lipsa datelor din anexă nu putem răspunde pe fond).

Prin urmare, în mod corect CNSC, după ce analizează cadrul legal și deciziile instanțelor, după ce verifică procesul verbal al comisiei de evaluare, dar și răspunsul Bozankaya la solicitările de clarificări, precum și după ce analizează apărările Bozankaya din Cererea de intervenție (unde arată că acest ofertant s-a rezumat doar la a face considerații de ordin general - fapt pe care de altfel l-a învederat) a statuat, la paginile 43, 44 din decizia CNSC faptul că în mod nelegal, autoritatea contractantă a constatat caracterul conform al propunerii tehnice depusă de Bozankaya deoarece:

"pe de o parte, acest ofertant nu a răspuns, în termenul impus, clarificărilor primite. iar, pe de altă parte, prin clarificările transmise a completat nepermis conținutul propunerii tehnice, situație sancționată de legiuitor cu respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei în cauză."

Prin Plângere, ofertantul Bozankaya susține că CNSC ar fi făcut de fapt o interpretare formală și excesivă a dispozițiilor art. 134 (5) din HG nr. 395/2016. În realitate, față de faptul că inclusiv prin Fișa de date s-a stabilit expres că cerințele din Caietul de Sarcini trebuie respectate cu strictețe sub sancțiunea respingerii ofertei, față de numărul extrem de mare de lipsuri identificate de comisia de evaluare în oferta Bozankaya, Decizia CNSC este extrem de judicioasă. Față de regulile clare stabilite prin Fișa de date, și față de volumul mare al neconformităților identificate, cu atât mai mult, Decizia CNSC este legală, și nicidecum excesivă sau formală.

Referitor la argumentele Bozankaya privind așa zisa neconformitate a ofertei PESA în primul rând, arătăm că argumentele Bozankaya privind așa zisa neconformitate a ofertei sunt tardiv formulate.

Asfel, aceste argumente ar fi putut fi cel mult invocate în apărare la faza cererii de intervenție, nicidecum la faza Plăngerii.

Din Decizia CNSC deducem că anumite argumente ar fi fost invocate de Bozankaya la faza concluziilor scrise (asadar după depunerea cererii de intervenție). În orice caz, acele argumente nu ne-au fost aduse la cunoștință, astfel încât subscrișa să se poată apăra în acest sens, fiind ulterioare termenului de 10 zile în care trebuia depusă cererea de intervenție, devin tardiv formulate.

Prin urmare, în mod corect argumentează CNSC, la pagina 44 din Decizia CNSC faptul că acesta nu a fost investit să se pronunțe în acest sens.

Mai mult, în condițiile în care Bozankaya nu a invocat nici încălcarea tratamentului egal, nu a solicitat nici anularea procedurii (cel puțin în subsidiar), rezultă că aceste argumente ar trebui respinse ca fiind lipsite de interes, aceste argumente nefiind de natură a consolida în vreun fel conformitatea ofertei Bozankaya.

În realitate, societatea nu și-a modificat și nici completat oferta așa cum încearcă să susțină Bozankaya. Astfel:

(i) Cu privire la așa zisa modificare a garanției acordate, în realitate nu a existat nicio modificare: Prin Adresa nr. 93370 / 07.07.2020 ni s-a solicitat:

"Prin propunerea tehnică, v-ați asumat ca veți asigura o garanție a funcționării tramvaielor de 350.000 km sau minim 5 ani, înlocuind cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, valoarea asumată și prin anexa nr. 1 la oferta "Centralizator parametrilor tehnici minimali și maximali", iar în secțiunea predefinită în SEAP pentru factorii de evaluare, ați menționat o garanție extinsă de 1 an.

Fata de cele menționate, va solicităm clarificări neconcordante dintre documentele prezentate în cadrul ofertei tehnice și informațiile înscrise în secțiunea factori de evaluare din SICAP.

Termenul limită pentru transmiterea clarificărilor de mai sus, data de 09.07.2020." (n.n. sublinierea noastră)

Prin Răspunsul depus în SEAP în data de 09.07.2020, a arătat

"Vă confirmăm că perioada de garanție pe care oferim este o garanție de 6 ani (5 ani minimum + 1 an pentru garanție extinsă). așa cum este indicat în secțiunea predefinită în SEAP pentru factori de evaluare, în timp ce, în propunerea tehnică, am confirmat doar cerințele minime specificate de autoritatea contractantă"

Prin urmare, prin solicitarea de clarificări ni s-a solicitat exclusiv o clarificare pe baza datelor existente în oferta și în SEAP, iar subscrișa am răspuns, în termen, fără a modifica niciun element din oferta depusă (o modificare ar fi fost dacă declarăm alte date decât cele din oferta, sau dacă datele lipseau, cum a fost cazul atât de la Bozankaya cât și de la Tatra).

Este astfel evident că toate celelalte alegații ale Bozankaya sunt lipsite de fundament.

(ii) Cu privire la cele invocate de Bozankaya la punctul (43) (a) din Plângere i-au fost solicitate clarificări prin Adresa nr. 69803/15.05.2020 a arătat că, a răspuns integral acestor solicitări, în termenul stabilit, toate informațiile solicitate regăsindu-se în cuprinsul ofertei, răspunsul oferit neducând la completarea sau modificarea ofertei.

Asfel cu titlu de exemplu a arătat că, în ceea ce privește, modalitatea de prindere a scaunelor, prin Caietul de sarcini, la subpunctul 7.1.5 se solicita: Este permis de asemenea, orice mecanism de fixare a scaunelor (inclusiv soluții specifice pentru montarea scaunelor pe spații tehnice) câtă vreme se asigură stabilitatea și confortul necesare.

Asadar, cerința Autorității contractante ("va solicităm asumarea cerinței caietului de sarcini privind stabilitatea și confortul pasagerilor") a vizat doar o clarificare a conformității celor deja declarate în oferta. Astfel, în oferta societatea sa declarat această conformitate în "Formular oferta tehnica - punctul 7.1.5", anexa 5,68.

Similar, informațiile privind "parametrii convertizorului" au fost incluse în oferta inițială în documentul intitulat Schema și caracteristicile convertorului static, iar caracteristicile au fost totodată confirmate prin "Formular oferta tehnica - punctul 8.4.3". Răspunsul la solicitarea de clarificări, doar a detaliat și reconfirmat aceste date incluse deja în oferta.

Cu privire la aspectele ce vizează "SDV-uri", "inventar piese și consumabile" și "listă servicii" aceste informații erau descrise în anexa 8,32,57 "Planul inspecțiilor" din oferta inițială.

Așadar, Bozankaya, în loc să susțină conformitatea propriei oferte, alege să invoce, tardiv așa zise neconformități din oferta subscrisei, care în orice caz nu pot consolida conformitatea propriei oferte.

Față de toate argumentele prezentate în cuprinsul prezentei întâmpinări, precum și în cadrul contestației depuse de către societatea sa, a solicitat respingerea plângerii ca nefondată și menținerea Deciziei CNSC în integralitate.

În drept, art. 31 din Legea 101/2016, precum și toate celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul prezentei întâmpinări.

Intimatul MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI (MLPDA) a formulat întâmpinare la plângerea formulată împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC), NR.1568/C2/195 din data de 03.09.2020, formulată de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.S, solicitând admiterea în parte, în sensul menținerii deciziei instituției sale, în calitate de autoritate contractantă de a declara admisibilă oferta contestatoarei, BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.S. respingând în rest plângerea, pentru următoarele motive:

Prin prezenta plângere formulată împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC), NR.1568/C2/195 din data de 03.09.2020, petenta a solicitat:

-menținerea deciziei instituției sale, în calitate de autoritate contractantă de a declara admisibilă oferta sa;

~~-admiterea constestației formulate în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC)~~

~~-obligarea intimatelor la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.~~

Prin Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (CNESC), NR. 1568/C2/195 din data de 03.09.2020, CNSC a decis următoarele:

-a admis contestația formulată de către POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, în contradictoriu cu instituția sa în calitate de autoritate contractantă, a anulat Raportul procedurii nr. 101887/24.07.2020 în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I și II în clasament, precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare, „Număr suplimentar călători transportați în picioare” și „Număr suplimentar călători transportați pe scaune, alături de actele subsecvente.

-a obligat la reevaluarea ofertelor menționate, și la refacerea punctajelor obținute de ofertele admisibile, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei. A încuviințat în principiu cererea de intervenție formulată TATRA-YUG și, respectiv BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș.

-a admis contestația formulată de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.Ș. în contradictoriu cu instituția noastră în calitate de autoritate contractantă, conform motivării, în partea referitoare la acordarea punctajului pentru factorii de evaluare „Număr suplimentar călători transportați în picioare” și „Număr suplimentar călători transportați pe scaune”:

-a respins ca rămase fără obiect, criticile din cuprinsul acesteia, privind admisibilitatea ofertei TATRA-YUG.

În prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art.18 alin.(1) din Legea nr. 101/2016, instituția sa a formulat câte un punct de vedere argumentat în drept și în fapt, în legătură cu contestațiile depuse de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT VE IHRACAT A.S și POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA.

I. Având în vedere că motivarea punctului de vedere au fost realizată în mod exhaustiv, învederăm că ne menținem întocmai opinia exprimată în cuprinsul acestuia, sens pentru care solicităm admiterea primului capăt de cerere al reclamantei a cărui expunere și motivare au fost realizate la punctul I.

II. Cea de-a doua critică referitoare la soluția dată de către la CNSC pe calificarea în procedură a unui ofertant care nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, este întemeiată, numai în măsura în care se referă exclusiv la POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, întrucât CNSC a reținut o situație de fapt și de drept eronată în privința acestui operator economic.

284

Așa fiind, CNSC a dispus în mod greșit reevaluarea ofertelor menționate și la reafacerea punctajelor obținute de ofertele admisibile, cu respectarea dispozițiilor legale, cu toate că instituția noastră a aplicat corect legea incidență și a evaluat corect aceste oferte.

În comunicarea rezultatului procedurii transmise de către autoritatea contractantă au fost incluse informații exacte privind punctajele obținute (pe componenta tehnică și financiară) atât de către contestator, cât și de către ofertantul declarat câștigător.

Mai mult, comunicarea a cuprins inclusiv oferta financiară a ofertantului Tatra Yug. Prin urmare, a considerat că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația legală de a prezenta operatorilor economici implicați în procedură avantajele ofertei declarate câștigătoare, în condițiile în care, în aceeași zi cu transmiterea comunicărilor a fost încărcat în SEAP, anexat anunțului de participare, raportul procedurii de atribuire, în care sunt menționate valorile oferite de către toți participanții la procedura de atribuire, precum și punctajele obținute de către fiecare ofertant la factorul tehnic.

CNSC nu a avut în vedere faptul că punctajele au fost acordate conform algoritmului de calcul publicat în cadrul documentației de atribuire și în cuprinsul anunțului de participare, care putea fi verificat cu ușurință sau printr-o simplă solicitare adresată autorității contractante.

În concret, sunt edificatoare documentația de atribuire și caietul de sarcini publicat, care cuprind informația completă privitoare la factorii de evaluare 1 și 2 astfel:

„1.1.1. Factor: Număr suplimentar călători transportați (maxim 14 puncte - 14%)

Având în vedere că în orele de vârf numărul de călători estimați poate fi depășit, în situația în care sectorul pentru persoanele cu dizabilități permite, nefiind utilizat în acel moment pentru scopul definit, călătorii pot utiliza scaunele rabatabile suplimentare ce pot fi achiziționate în acest sector.

Descriere: conform Caietului de Sarcini tramvaiele vor avea o capacitate de transport totală de minim 140 călători transportați în picioare. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați în picioare, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este 20. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare mai mare de 20 de persoane, nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:

a) Pentru cei mai ridicați numărul suplimentar de călători transportați în picioare oferit se acordă punctajul maxim de 7 puncte;

b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. „a”, punctajul se acordă astfel:

$P(n) = (\text{număr locuri suplimentare în picioare oferite}(n) / \text{cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare}) \times \text{punctaj maxim alocat.}$

1.1.2. Număr suplimentar călători transportați pe scaune (maxim 7 puncte - 7%)

Tramvaiele vor avea o capacitate de transport de minim 50 persoane pe scaune fixe, nerabatabile. Din care minim 6 accesibile din low floor. Numărul minim de locuri suplimentare pentru călătorii transportați pe scaune, care va fi punctat este de 1 loc, iar numărul maxim este de 8. Orice ofertă cu un număr de locuri suplimentare pe scaun mai mare de 8 nu va fi punctată suplimentar.

Algoritm de calcul:

a) Pentru cei mai ridicați numărul suplimentar oferit se acordă punctajul maxim de 7 puncte; fi)

Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. „a”, punctajul se acordă astfel:

$P(n) = (\text{număr locuri suplimentare pe scaun oferite}(n) / \text{cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați pe scaune}) \times \text{punctaj maxim alocat.}$

Suplimentarea numărului de locuri de călători în picioare și/sau pe scaun va fi făcută cu respectarea cerințelor privind numărul minim total de călători, numărul minim de călători în picioare, numărul minim de călători pe scaune, precum și cu respectarea valorii minime a pasului scaunelor și a CEE-ONU R 107.

Pentru celelalte oferte, algoritmul de calcul prezentat în caietul de sarcini prevede modalitatea de acordare a punctajului, pe baza de formula:

Algoritm de calcul:

a) Pentru cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare oferat se acordă punctajul maxim de 7 puncte;

b) Pentru un număr mai mic decât cel prevăzut la lit. "a", punctajul se acordă astfel: $P(n) = (\text{număr locuri suplimentare în picioare oferat}(n) / \text{cel mai ridicat număr suplimentar de călători transportați în picioare}) \times \text{punctaj maxim alocat}$.

Din analiza algoritmului de calcul reies următoarele:

1. Numărul cel mai ridicat de locuri suplimentare în picioare oferate primește punctajul maxim de 7 puncte, în speța ofertantului DURMAZLAR MAKINE SAN. VE TIC A.S cu 28 de locuri suplimentare în picioare oferate.

2. Pentru restul ofertelor s-a aplicat formula detaliată la punctul b)

CNSC nu a ținut seama că operatorii economici nu au solicitat clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor cu privire la criteriul de atribuire și nici nu s-au formulat contestații în temeiul Legii nr. 101/2016 împotriva documentației de atribuire, așa încât acestea sunt cel puțin subiective și realizate pro causa, din cauză că au fost realizate exclusiv după afișarea rezultatului procedurii.

Pentru aceste considerente și pentru cele expuse în punctele de vedere, a solicitat admiterea în parte, în sensul menținerii deciziei instituției sale, în calitate de autoritate contractantă.

Intimata TATRA - YUG, a formulat întâmpinare prin care a solicitat:

(i) în principal, respingerea plângerii formulate de Bozankaya împotriva Deciziei CNSC ca tardiv formulată;

(ii) în subsidiar, respingerea plângerii formulate de Bozankaya împotriva Deciziei CNSC, ca neîntemeiată, în special cu privire la solicitarea de admitere a contestației formulate de Bozankaya în fața CNSC în integralitatea sa, i.e. criticile formulate împotriva ofertei Tatra;

(iii) obligarea Bozankaya la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cauze.

A învederat plângerea că BOZANKAYA este tardivă

Conform art. 29 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („Legea 101”)

„Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.”

De asemenea, conform art. 31 alin. (1) din Legea 101

„Partea care formulează plângerea este obligată să comunice, în termenul prevăzut la art. 29, o copie de pe aceasta, precum și de pe înscrisurile doveditoare și celelalte/ceilalte părți implicate în procedura de contestare în fața Consiliului, depunând dovada de comunicare în fața instanței până la primul termen de judecată, sub sancțiunea respingerii plângerii ca fiind tardivă.”

A învederat că la acest moment nu se poate pronunța cu privire la respectarea termenului de 10 zile prevăzut la art. 29 din Legea 101 în ceea ce privește depunerea plângerii și a înscrisurilor doveditoare în fața instanței de judecată însă a înțeles să își rezerve acest drept, urmând a uza de el ulterior luării la cunoștință de înscrisurile existente la dosarul cauzei.

În orice caz, prin prezenta întâmpinare, a înțeles să invoce expres tardivitatea depunerii plângerii prin raportare la dispozițiile art. 30 alin. (1) din Legea 101 care dispun asupra obligativității comunicării unei copii de pe aceasta, precum și a înscrisurilor doveditoare și către celelalte părți implicate în procedura de contestare în fața Consiliului, în același termen prevăzut la art. 29 din Legea 101, anume 10 zile de la comunicarea deciziei CNSC.

Ori, conform dovezii de comunicare anexate în Anexa 1 la prezenta reiese cu claritate faptul că plângerea a fost transmisă către Tatra în data de 17.09.2020, deci cu depășirea termenului de 10 zile prevăzut la art. 29 din Legea 101, iar anexele menționate în ultima pagină a plângerii, Anexele 1 - 8, nu au fost nici până în prezent comunicate societății sale- Anexa 2 la prezenta întâmpinare.

În atare condiții, în raport de dispozițiile art. 30 alin. (1) din Legea 101, prin raportare la

dispozițiile art. 29 din Legea 101, a solicitat respingerea plângerii formulate de Bozankaya împotriva

Deciziei CNSC ca tardivă.

Respingerea solicitării de admitere a contestației Bozankaya formulată în fața CNSC în

integralitatea sa.

Prin plângerea formulată de Bozankaya împotriva Deciziei CNSC, această solicită, printre altele,

modificarea în parte a Deciziei atacate, cu consecința admiterii „contestației subscrisei formulată în

fața Constituției Național de Soluționare al Contestațiilor în integralitatea sa

În atare condiții, în situația improbabilă a admiterii plângerii Bozankaya, a înțeles să reitereze

apărărilor formulate în fața CNSC prin cererea de intervenție solicitând totodată respingerea

contestației Bozankaya ca neîntemeiată.

Față de considerentele expuse în cuprinsul prezentei întâmpinări solicităm:

(i) în principal, respingerea plângerii formulate de Bozankaya împotriva Deciziei CNSC ca

tardiv formulată;

(ii) în subsidiar, respingerea plângerii formulate de Bozankaya împotriva Deciziei CNSC,

ca neîntemeiată, în special cu privire la solicitarea de admitere a contestației formulate de Bozankaya

în fața CNSC în integralitatea sa, i.e. criticile formulate împotriva ofertei Tatra;

(iii) obligarea Bozankaya la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea

prezentei cauze.

Analizând plângerea formulată de către petenta TATRA – YUG, Curtea reține

următoarele:

Autoritatea contractantă MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI

ADMINISTRAȚIEI, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea

încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de 17 tramvaie de cca 25 m

destinate transportului public de călători”, cod CPV 34622100-4 – Vagoane de tramvai (Rev.2), prin

publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1017938/25.12.2019, stabilind criteriul de

atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin raportul procedurii nr. 101887/24.07.2020 s-a consensmat modul de desfășurare a procedurii,

admisibilitatea tuturor ofertelor, precum și clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de

atribuire stabilit, câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de TATRA-YUG.

Întimata POJADZY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA a formulat a formulat contestația

împotriva raportului procedurii, contestație ce a admisă prin Decizia CNSC nr.

1568/C/21594.1623/03.09.2020, dispunându-se anularea raportului procedurii nr.

101887/24.07.2020, în partea referitoare la evaluarea ofertelor clasate pe locurile I și II în clasament,

precum și modul de acordare a punctajului pentru factorii de evaluare Număr suplimentar călători

transportați în pictoare și Număr suplimentar călători transportați pe scaune, alături de accele

subsecvențe, reevaluarea ofertelor menționate, și refacerea punctajelor obținute de ofertele

admisibile.

Împotriva acestei decizii a formulat contestație petenta TATRA – YUG.

Se invocă faptul că informațiile solicitate de autoritatea contractantă privind lista materialelor

periculoase utilizate în timpul producției. Petenta susține că în producție nu utilizează o serie dintre

materialele enumerate în Directivele 202/95CE, 2011/65/UE, 2015/863, fiind depuse declarațiile de

conformitate ale producătorilor de piese de schimb încorporate în produsul final. Pentru celelalte

materiale petenta a depus, cu oferta tehnică, lista cuprinzând materialele periculoase, producătorii,

metoda de utilizare.

Curtea reține că prin caietul de sarcini s-a cerut, la pct. 6.2 Materiale, „Fiecare ofertant trebuie să

prezinte o listă a tuturor materialelor periculoase întrebuintate la producția tramvaieleor, și să detalieze

informațiile cu privire la denumirea substanței periculoase, producătorul, unde a fost utilizată în

construcția tramvaieleor, caracterul pericolelor pentru sănătatea umană legate de substanța

respectivă, cantitatea fiecărei substanțe, modalitățile de depozitare și de reciclare”

Petenta Tatra a precizat la pagina 22 din oferta tehnică: „În producția noastră nu utilizăm

materiale periculoase. Așașam declarațiile de conformitate ale principalilor furnizori care confirmă că

materialele nu sunt periculoase conform EU directives (pag. 471-496, RoHS, Declarații furnizori)”.
28

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr 87/06.05.2020, petenta transmite următoarele informații: "ca răspuns la documentația licitației, art6.2 am depus declarațiile RoHs de la furnizorii noștri la pag. 471-496 din propunerea tehnică. Exprimarea din pag. nr. 22 a fost rezultatul erorii de traducere, și anume că în produsul final nu există materiale periculoase. De aici rezultă că aceste substanțe nu reprezintă un pericol pentru sănătatea consumatorului final. Cererea dvs ne-a clarificat că doriți lista materialelor utilizate în timpul producției, chiar dacă acestea sunt sigure în produsul final. Vă rugăm să găsiți următoarea listă (inclusiv producătorul, aplicarea în producția, cantitatea, pericolul pentru sănătate și metodele de depozitare și reciclare) în Anexa 1."

De asemenea, prin plângerea formulată petenta susține că în producția Tatra nu sunt utilizate materiale periculoase în sensul Directivelor 202/95CE, 2011/65/UE, 2015/863 precum și faptul că materialele folosite nu reprezintă un pericol pentru sănătatea oamenilor.

Cu toate acestea, cerințele pct. 6.2 Materiale din caietul de sarcini au fost foarte clare. în sensul în ofertantul trebuia să depună o listă cu toate materialele periculoase întrebunțate la producția tramvaielor, fiind fără relevanță faptul că în produsul final nu există materiale periculoase. De asemenea, faptul că petenta a înțeles din această cerință a caietului de sarcini că nu trebuia să depună această listă, întrucât aceste materiale sunt utilizate în limitele permise prin Directiva 2005/42/CE nu poate constitui o îndeplinire a acestei cerințe tehnice. Așadar nicăieri în cuprinsul acestei cerițe, autoritatea contractantă nu precizează că dacă materialele periculoase sunt folosite în limitele permise prin Directiva 2005/42/CE, ofertantul nu mai trebuie să întocmească lista acestora.

Potrivit art 133 din HG nr.395/2016 (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

(2) Comisia de evaluare, înainte de a lua o decizie de respingere a candidaturii/ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. h), solicită clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/terț susținător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) și e) din Lege.

Potrivit art 134 din HG nr 395/2016 (3) 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 1 zile lucrătoare.

(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din 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.

(8) 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.

(9) 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 respectivelor abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării prevederilor ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anunțate prăguri valorice;

c) în urma corectării respectivelor 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 oferta pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivelor documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.

Astfel, pornind de la faptul că propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în proiectul tehnic și în caietul de sarcini, nu se poate susține că ofertantul în discuție a elaborat această listă cu materialele periculoase care să corespundă cerințelor prevăzute.

Așadar, cum această listă a materialelor periculoase a lipsit în integralitatea sa din propunerea tehnică prezentată de ofertantul desemnat câștigător, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a accepta completarea propunerii tehnice, acest demers neregăsitându-se în niciuna din posibilitățile enunțate la articolul mai sus citat. Lipsa acestei liste nu poate fi asimilată unei abateri tehnice minore și nici unui viciu de formă astfel că, prin acceptarea lui, devin incidente dispozițiile art. 209 din Legea 98/1996 care prevede: *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Faptul că atât petenta cât și autoritatea contractantă face trimitere către documente din cadrul propunerii tehnice depuse nu are relevanță în soluționarea contestației, atâta vreme cât, pe de o parte, cerința în discuție nu este îndeplinită întrucât documentele anemensionate nu conțin toate informațiile solicitate, iar pe de altă parte nu este în sarcina comisiei de evaluare să extragă câte o informație din fiecare document depus de ofertant, să le coreleze, să le integreze/interpreteze în mod global și distinct în cadrul unui înscris solicitat în mod expres de autoritatea contractantă) și să deducă ea însăși elemente ale documentelor prezentate de ofertant, pe baza unor informații insuficiente sau nerelevante.

Rolul comisiei de evaluare este doar de a verifica conformitatea propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini.

De asemenea, în cazul în care petenta era nelămurită cu privire la întocmirea acestei liste trebuia să adreseze o solicitare de clarificări punctuală autorității contractante.

La acest moment petenta nu mai poate invoca neclaritatea cerințelor caietului de sarcini, care stabilesc în mod clar obligativitatea acestei liste și informațiile obligatorii pe care trebuie să le cuprindă. Cerința privind lista materialelor periculoase nu a fost contestată de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv caiet de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai. Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv nerespectarea unor cerințe solicitate în cadrul documentației de atribuire, cade în sarcina operatorului economic și neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii necoforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul caietului de sarcini, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească.

Așadar, întocmirea deficiente a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

În condițiile date, cercetarea de către Curtea a celorlalte aspecte reclamate de petenta este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei întinate, în sensul transformării ei în una admisibilă, având în vedere prevederile art. 134 alin. (6) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căruia, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru completarea prin răspunsul la clarificări chiar și a unei singure cerințe tehnice, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi inutil ca instanța să analizeze și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe cu privire la care CNSC a trimis spre reevaluare, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare.

Analizând plângerea formulată de către petenta BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş., Curtea reține următoarele:

În ceea ce privește excepția tardivității introducerii plângerii invocată de Pesa și Tatra, Curtea constată că din notele de inventar depuse la dosarul cauzei rezultă că plângerea a fost comunicată tuturor părților din acest dosar. Din cuprinsul plângerii rezultă clar că petenta a individualizat anexele care sunt invocate în susținerea apărărilor, fiind vorba de înscrisuri din cuprinsul documentației de atribuire. Prin urmare, Curtea constată că nu se impunea menționarea expresă a acestor anexe în nota de inventar, atâta vreme cât acestea sunt menționate în plângere.

Prin urmare, excepția tardivității va fi respinsă ca neîntemeiată, neexistând probe noi care să nu se fi comunicat tuturor părților din acest dosar.

Petenta susține faptul că toate informațiile solicitate de către autoritatea contractantă prin clarificări se regăseau în cadrul ofertei depuse.

Astfel, în Hotărârea Tribunalului în cauza Tideland Signal/Comisia Europeană, s-a apreciat faptul că, deși nu există o obligație de a solicita clarificări, totuși, „în conformitate cu principiul dreptului comunitar al bunei administrări”, puterea conferită autorității contractante cu privire la cererile de clarificări este „însoțită de o obligație de a fi exercitată în împrejurări în care clarificarea ofertei este, practic, posibilă, cât și necesară”. precum și că „ar fi în contradicție cu principiul egalității ca o comisie să se bucure de o putere de apreciere nelimitată încât să nu ceară clarificări privind o ofertă individuală”.

Potrivit principiului bunei administrări autoritățile publice sunt datorate să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad ridicat de profesionalism, în condiții de eficiență, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor.

Diligenței ofertantului în respectarea întocmai a documentației de atribuire trebuie să îi corespundă un nivel identic de atenție, precauție și preocupare din partea autorității contractante în elaborarea unor solicitări de clarificări clare, neechivoce și explicite.

Din cuprinsul solicitărilor de clarificări din data de 04.03.2020, 10.03.2020, 07.05.2020, 09.06.2020, 30.06.2020 rezultă că autoritatea contractantă a avut numeroase neclarități în privința ofertei depuse, precizându-se în mod clar și neechivoc ce trebuie să lămurească petenta.

De asemenea, Curtea constată că prin solicitarea de clarificări nr 90053/30.06/2016 autoritatea contractantă reiterează primele 3 solicitări din solicitarea de clarificări din data nr 80232/09.06.2020: referitoare la omologarea produsului, modul de calcul al suprafeței care a stat la baza calculului numărului de călători în picioare, locul marcat pentru căruciorul de copii. Or, în cazul în care autoritatea contractantă nu se considera lămurită de către răspunsurile solicitate de către petentă, trebuia să respingă oferta ca inacceptabilă și nu să revină cu un nou rând de clarificări, potrivit art 134 (5) din HG nr 395/2016: În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Solicitarea unei noi clarificări cu privire la același aspect conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, favorizând în mod clar societatea petentă.

În ceea ce privește susținerile CNSC că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, petenta BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT ITHALAT VE IHRACAT A.Ş și-a modificat oferta, Curtea nu va mai relua considerațiile teoretice redate mai sus, în cadrul analizării plângerii Tatra, care sunt deplin aplicabile și aici.

Curtea constată că modificarea prin răspunsul la clarificări și a unui singur aspect din conținutul propunerii tehnice conduce la respingerea ofertei petentei ca inacceptabilă, nefiind necesară verificarea tuturor modificărilor ofertei invocată de către contestatoarea PESA.

Respinge excepția tardivității.
Respinge plângerile formulate de petentele TATRA YUG, cu sediul ales la DOMOKOS ŞI ASOCIAȚII SPRL, cu sediul profesional în Bucureşti STR. General Gheorghe Mannu NR.10, ET.2, SECT.1 ŞI BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT THALAT VE IHRACAT AS, cu sediul ales la Katnu & Ratnu SPARL, cu sediul profesional în Bucureşti, sector 1, BD. Mircea Eliade.

**PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE:**

Prin întrebarea nr 35 din solicitarea de clarificări nr 80232/09.06.2020, autoritatea contractantă solicită ca petenta să depună graficul de livrare revizuit: „ați menționat că vor fi livrate câte 4 tramvae în 2 luni, iar într-o lună două tramvae, deși s-a solicitat prin caietul de sarcini să se livreze câte 3/lună, iar prin răspunsul consolidat s-a menționat că într-o singură lună se acceptă livrarea a 4 tramvae.” Petenta răspunde: „Menționăm că în varianta inițială ne-am asumat un număr mai mare de tramvae în luna 2 (4 tramvae față de cele 3 solicitate). Am procedat la redistribuire astfel încât să fie menținută excepția unei singure luni în care se face livrarea primului tramvai.”
Curtea constată că petenta a depus un alt grafic de livrare, cu alte termene decât anexa la contract. Cu toate acestea, nu s-a făcut dovada că elementele graficului de livrare depus ulterior se regăsesc în oferta inițială, acest fapt neputând a fi considerat doar o eroare sau omisiune, un viciu de formă în sensul art. 134 din HG nr 395/2016.
Așadar, din analiza cerințelor tehnice neîndeplinite de către petenta rezultă clar că modificarea ofertei sale nu este susținută, în mod neechivoc, de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în oferta și nici nu confirmă sau clarifică oferta, neexistând nici o dovada că elementele graficului de livrare depus ulterior se regăsesc în oferta inițială. Practic, petenta solicită adăugarea unor alte termene de livrare, termene pe care din neglijență nu le-a trecut în oferta inițială, pentru a se respecta cerințele caietului de sarcini, și care nu rezultă din alte informații existente, fapt ce nu poate fi realizat în condițiile art 134 din H.G. nr.395/2016. Inițial, prin completarea ofertei cu alte date, care nu au existat în cadrul ofertei depuse inițial, depune în fapt o nouă ofertă. Aceasta revizuire a ofertei invocată de petenta, nu poate fi realizată ulterior depunerii ofertei, fără a fi încălcat principiul tratamentului egal. Dacă s-ar admite această interpretare, practic în fiecare situație în care un ofertant ar depune o ofertă tehnică care nu corespunde cu cerințele caietului de sarcini, acesta și-ar putea revizui oferta pe calea răspunsului la clarificări pentru a fi conformă. Or acest fapt este interzis de cerințele art 134 alin 6 din HG nr 295/2016 potrivit cărora: „ 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.”
Astfel, luând în considerare ansamblului considerențelor expuse, Curtea reține că, data fiind complexitatea contractului, importanța acestuia, durata contractuală și rezultatele așteptate de la derularea contractului, asigurarea posibilității depunerii unor oferte conforme, autoritatea contractantă a depus diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul de furnizare, astfel încât să poată fi asigurată derularea contractului.
Întocmirea ofertei a petentei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.
În mod cert, în cazul de față, autoritatea contractantă a creat un avantaj evident ofertantului BOZANKAYA OTOMOTIV MAKINA IMALAT THALAT VE IHRACAT A.Ş. prin admiterea completării propunerii tehnice, deoarece în acest mod oferta a fost considerată admisibilă și ulterior clasată pe locul II.
În condițiile date, cercetarea de către Curte a celorlalte aspecte reclamate de petenta este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei întinatei, în sensul transformării ei în una admisibilă.
Față de aceste considerente, constatând că decizia C.N.S.C. este legală și temeinică, Curtea, în baza art. 34 alin. 5 din Legea nr. 101/2016, va respinge plângerea ca nefondată.

nr. 18. Intrarea B, et. 6, împotriva Deciziei CNSC nr. 1568/C2/1954,1623 pronunțată la data de 03.09.2020, în contradictoriu cu intimatele POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA, cu sediul procesual ales la SCHOENHERR ȘI ASOCIAȚII SCA, în București, B-dul Dacia, nr. 30, et 7, sector 1 și MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI, cu sediul în Sector 5, București, Bul. Libertății, nr. 16, **ca nefondate**.

Definitivă.

Pronunțată azi, 10 decembrie 2020, prin punerea soluției la dispoziția părților prin intermediul grefei instanței.

PREȘEDINTE,
Roxana Chiariu

Judecător,
Carmen Elena Iliescu

Judecător,
Cristina Maria Irimia

Grefier
Elena Velia Toma

Red /Thred. R.C.

6 ex

Com. 4 ex

5 01 2021

2021
Carmen

