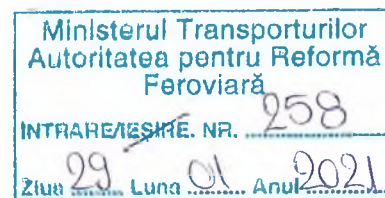


ROMÂNIA
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SPLAIUL INDEPENDENȚEI NR.5, SECTOR 4
BUCUREȘTI, COD POSTAL 050091
SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL



Destinatar:
AUTORITATEA PENTRU REFORMA
FEROVIARĂ
sector 1, București, BLD. DINICU
GOLESCU, nr. 38

DOSARUL NR. 1808/3/2020

Materia: Contencios administrativ și fiscal
Stadiul procesual al dosarului: Recurs
Obiectul dosarului: litigiu privind achizițiile publice -
contestație atribuire PV 22/06/13/01/2020
Complet: 9-completul 1 recurs achiziții publice

COMUNICARE
HOTARÂRE CIVILĂ

NR. 2142/2020 DIN DATA DE 12 Noiembrie 2020

Stimată doamnă/Stimate domn,

vă comunicăm, alăturat, copia hotărârii civile nr. 2142/2020, pronunțată la data de 12 Noiembrie 2020, de către CURTEA DE APEL BUCUREȘTI SECȚIA A IX-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL.

L.S. PRESEDINTE
(stampila)

Grefier,

ROMÂNIA

DOSAR NR. 1808/3/2020

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

Decizia nr.2142

Ședința publică de la 12 noiembrie 2020

Curtea compusă din :

PREȘEDINTE – IONUȚ CRISTIAN ANDREESCU

JUDECĂTOR – CARMEN MIHAELA VOINESCU

JUDECĂTOR – CRISTINA PETROVICI

GREFIER - IONICA POPESCU

Pe rol se află soluționarea recursului formulat de **recurenta-pârâtă** împotriva sentinței civile nr.1935 din data de 12.06.2020 , pronunțată de Tribunalul București – Secția a II a Contencios Administrativ și Fiscal. în dosarul nr. 1808/3/2020,

împotriva încheierii de ședință din 27.05.2020 și sentinței civile nr.1935 din data de 12.06.2020 pronunțată de Tribunalul București – Secția a II a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 1808/3/2020 și **recurenta-reclamantă** împotriva sentinței civile nr.1935 din data de 12.06.2020, pronunțată de Tribunalul București – Secția a II a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarul nr. 1808/3/2020 în contradictoriu cu **intimata-pârâtă** , având ca obiect „litigiu privind achizițiile publice”.

Dezbaterile au avut loc în ședința publică din data de 21.10.2020 și au fost consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, ce face parte integrantă din prezenta decizie, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea la 26.10.2020, 02.11.2020, 09.11.2020, 12.11.2020,când, a dat următoarea decizie:

C U R T E A,

Prin **Sentința civilă nr. 1935 din data de 12.06.2020**, pronunțată de Tribunalul București – Secția a II a Contencios Administrativ și Fiscal. în dosarul nr. 1808/3/2020, a fost admisă cererea principală și cererile conexe formulate de

și s-a dispus anularea procedurii de atribuire deschisă prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1010410. De asemenea, a fost repinsă excepția lipsei de itneres invocată în cererea conexă și au fost obligați pârâții din cererea conexă nr. 2036/3/2020 la cheltuieli de judecată în sumă de 20.000 lei onorariu de avocat diminuat.

Anterior, prin **Încheierea din 27.05.2020**, Tribunalul a respins excepția inadmisibilității contestației formulate de

Împotriva Încheierii din 27.05.2020 au formulat **recurs** pârâtele iar împotriva Sentinței nr. 1935/2020 au fost formulate **recursuri** de către pârâta Autoritatea pentru Reformă Feroviară, pârâtele , precum și de către reclamanta

Prin **recursul formulat de către pârâta Autoritatea pentru Reformă Feroviară** s-a solicitat casarea sentinței recurate, rejudecarea cauzei în fond și respingerea contestațiilor formulate de ca nefondate, cu obligarea reclamantelor la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea recursului, recurenta-pârâta Autoritatea pentru Reformă Feroviară invocă următoarele:

1. Soluția pronunțată de prima instanță cu privire la anularea procedurii este nelegală:

În acest sens, recurenta consideră că este incident motivul de casare prevăzut de dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ., în condițiile în care:

- instanța fondului a soluționat cu prioritate un capat de cerere subsidiar, lăsând nesoluționat un capat principal de cerere și încălcând prevederile cu privire la dreptul de dispoziție al părților, prevăzut conform art. 9 alin. (2) din Codul de procedură civilă: "(2) Obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților", nefiind practic investită cu soluționarea unei cereri de anulare a procedurii decât în subsidiar, în măsura în care ar fi pronunțat o soluție de respingere a cererii principale.

În privința soluției instanței de fond de anulare a procedurii de atribuire, consideră că este incident și motivul de casare prevăzut de dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 6 C. proc. civ., în condițiile în care prin Sentința recurată instanța a încălcat în mod flagrant dispozițiile art. 50 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare (în vigoare la data sesizării instanței) care prevede: "(8) în soluționarea contestației, instanța examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte; [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat."

Susține că Sentința recurată nu cuprinde motivele pe care se întemeiază soluția instanței de anulare a procedurii, raportate la limitele și condițiile în care instanța investită cu o contestație formulată pe cale judiciară poate dispune anularea procedurii de atribuire, conform temeiului de drept aplicabil (pe care instanța ignoră să îl menționeze, anume art. 50 alin. (8) din Legea nr. 101/2016).

Astfel, în condițiile în care potrivit prevederilor legale în vigoare, instanța fondului putea anula procedura numai în măsura în care nu este posibilă remedierea actului atacat, solicită a se observa că în considerentele Sentinței recurate nu regăsim niciun fel de argumente cu privire la imposibila remediere a actului atacat, în condițiile în care obiectul contestației formulate de [redacted] îl constituia Procesul verbal întocmit de A.R.F. sub nr. 22/06/13.01.2020 prin care ARF a stabilit metodologia de urmat în solicitarea de clarificări privind consumul de energie, potrivit Deciziei C.N.S.C. nr. nr.2153/C10/2011,2023,2140/29.11.2019 (contestație ce a făcut obiectul cererii conexe din dosarul nr. 2036/3/2020). Ad absurdum, dacă am accepta ca nelegală metodologia de calcul al consumului mediu de energie stabilită de recurentă pentru punerea în aplicare a măsurii de la punctul 3 din Decizia C.N.S.C. nr.2153/C 10/2011,2023,2140 din 29.11.2019, respectiv,, stabilirea unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (Pct. 11.7 din Caietul de sarcini) ", aceasta putea determina instanța eventual să dispună anularea procesului verbal cu nr. 22/06/13.01.2020 și nu anularea procedurii de atribuire.

În privința soluției instanței de fond de anulare a procedurii de atribuire este incident și motivul de casare prevăzut de dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 7 C. proc. civ., în condițiile în care prin Sentința recurată instanța a încălcat autoritatea de lucru judecat a Deciziei civile nr. 348/16.03.2020, definitivă, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal în Dosarul nr. 7092/2/2019. Prin această decizie, Curtea de Apel București a respins definitiv plângerile formulate împotriva Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140/29.11.2019, prin care se arătase:

„După stabilirea acestei unice metode/algoritm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte. [...] în aprecierea Consiliului, o decizie de

anulare a procedurii în temeiul prevederilor legale sus amintite ar fi excesiva, în speța fiind posibilă remedierea conform celor stabilite de Consiliu. "

Prin urmare, în procedura de față s-au stabilit cu putere de lucru judecat următoarele:

- împrejurarea că neregularitatea metodologiei de calcul nu poate atrage anularea procedurii și

- împrejurarea că A.R.F., în calitate de autoritate contractantă avea obligația de a stabili o metodă/algoritm/mod de calcul unic, introducând parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și de stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte.

Nu în ultimul rând, invocă incidența motivului de casare prevăzut de dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 8 C. proc. civ. în ceea ce privește soluția instanței de fond de anulare a procedurii de atribuire, având în vedere motivarea dată de prima instanță care reține (la pag. 34 primul paragraf al Sentinței recurate), după cum urmează:

"Că privește chestiunea consumului de energie electrică mediu/km, tribunalul a constatat că sunt întemeiate criticile reclamantelor referitoare la lipsa elaborării unei metodologii unice de calcul al acestui consum, având în vedere că, prin solicitarea de clarificări dispusă prin procesul verbal contestat le-au fost comunicate ofertanților detaliile celor două rute (pante, curbe și parametrii acestora), stațiile și timpii de parcurs între stații, urmând ca aceștia să comunice consumul de energie, la fel ca anterior deciziei CNSC, fără să se fi făcut referire și la caracteristicile/puterea/performanțele sistemului de propulsie. Or, prin această decizie, autoritatea contractantă a fost obligată să stabilească un mod de calcul comun, bazat pe caracteristicile proprii ale produsului oferit (adică ale vehiculului), împreună cu indicatorii obligatorii impuși prin documentația de atribuire (adică detaliile traseului împreună cu regimurile de lucru)".

Recurenta susține că instanța face o nepermisă confuzie, neînțelegând de fapt că prin Decizia C.N.S.C. mai sus citată, prin "parametrii proprii" se înțelege tocmai acele caracteristici/puterea/performanțele sistemului de propulsie, în condițiile în care, în privința calculului costului consumului de energie electrică prin Decizia C.N.S.C. nr. 2153/C10/2011,2023,2140/29.11.2019 s-a dispus în mod expres:

"Consiliul va dispune autorității contractante ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără calatori, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (Pct. 11.7 din Caietul de sarcini). [...] După stabilirea acestei unice metode/algoritm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatorii impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte" (recurenta citează paragraful 5 al pag. nr. 259 a Deciziei - pct. 7 din motivarea Consiliului pe fondul contestației formulate de
asupra ofertei depuse de

Prin urmare, consider că A.R.F. a respectat întocmai considerentele Deciziei C.N.S.C. nr. 2153/C10/2011,2023,2140/29.11.2019, stabilind o metodologie unică de calcul, în condițiile în care parametrii proprii prezentați de fiecare ofertant sunt apanajul exclusiv al fiecărui ofertant, constituind valori variabile în raport de caracteristicile și performanțele trenurilor oferite de fiecare, la aceștia adăugându-se indicatorii obligatorii impuși prin documentația de atribuire, astfel fiind stabilite valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte.

În plus, în ceea ce privește aspectul reținut de instanța fondului cu privire la împrejurarea că experții cooptați au arătat că respectivele consumuri declarate de ofertanți nu pot fi verificate în practică (paragraful 2 la pag. 34 a Sentinței recurate), consideră că aceasta nu justifică în nicio manieră concluzia că evaluarea consumului de energie nu ar putea fi

realizata pe baza metodologiei stabilite de recurentă, în condițiile în care aceasta achiziție de rame feroviare presupune proiectare.

În acest context, sunt de neînțeles și considerentele instanței din același paragraf al Sentinței recurate, menționat mai sus, potrivit cărora "aceste consumuri medii de energie electrică ale primilor doi clasări sunt superioare cu aprox 10 % față de consumul mediu indicat în studiul de piață invocat de către reclamanta și necontestat de către celelalte pajii (4,2-4,3 k\vh/km), spre deosebire de consumul indicat de către acesta reclamanta care se situează la limita de sus a acestuia". În acest sens, arată că nu rezultă de unde a putut extrage instanța concluzia că acest aspect ar constitui un motiv de nelegalitate, în condițiile în care un studiu de piață care determină consumuri medii de energie electrică mai mari nu poate contrazice și nici nu poate exclude posibilitatea ca orice alt ofertant să poată atinge performanța unor consumuri mai mici.

Având în vedere considerentele expuse mai sus, consideră că instanța fondului, aplicând în mod nelegal și nemotivat soluția prevăzută de dispozițiile art.50 alin. (8) litera c) al Legii nr. 101/2016, a făcut o greșită interpretare și aplicare a dispozițiilor art. 50 alin. (2) al Legii nr. 98/2016 care prevede că se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici, în condițiile în care recurența a urmărit în mod expres respectarea obligațiilor stabilite în sarcina sa prin Decizia CNSC mai sus amintită dar și respectarea prevederilor exprese ale art. 50 alin. (1) al Legii nr. 98/2016 care impune autorității contractante să nu conceapă și să nu structureze niciun element al achiziției cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor legale ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Pentru toate motivele expuse mai sus, raportate la motivele de casare mai sus detaliate, consideră ca soluția dată de instanța fondului cu privire la anularea procedurii de atribuire este nelegală, motiv pentru care solicită instanței de recurs să dispună casarea Sentinței recurate și rejudecarea cauzei, pe fondul cauzei respingând contestațiile ca nefondate.

2. Nelegalitatea Sentinței recurate cu privire la considerentele primei instanțe privitoare la cerința art. 1.2.1. din caietul de sarcini referitoare la utilizarea unui design verificat în exploatare.

Analizând dispozitivul Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140 din data de 29.11.2019. prin care C.N.S.C. a admis în parte contestația formulată de și contestația formulată de în contradictoriu cu AUTORITATEA PENTRU REFORMĂ FERROVIARĂ, în ceea ce privește criticile privind oferta depusă de

prin raportare și la prevederile art. 26 alin. (2) lit b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, rezultă că A.R.F. a fost obligată ca, la noua evaluare a propunerilor tehnice și a propunerilor financiare, să aibă în vedere și măsurile exprese dispuse de CNSC și indicate în Decizia nr. 2153/C10/2011,2023,2140/29.11.2019 (în ceea ce privește oferta depusă de asocierea sa aibă în vedere următoarele:

-Dispune comisiei de evaluare și experților cooptați analiza suplimentară privind îndeplinirea cerinței de la pct. 1.2.1 din caietul de sarcini, prin care autoritatea contractantă a impus ca vehiculul să fie bazat pe „un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în caietul de sarcini".

Face precizarea că pct. 1.2.1 din caietul de sarcini (cuprins în Capitolul 1.2 - Domeniul de aplicare al Caietului de sarcini) prevede: "Furnizorul va oferi un vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini."

În aplicarea Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140 din data de 29.11.2019, A.R.F. a adresat către solicitarea de clarificari nr. 22/426/11.12.2019, a cărei legalitate a fost mentinuta definitiv prin Decizia CNSC nr. 38/C10/2720/09.01.2020.

Prin solicitarea de clarificari nr. 22/426/11.12.2019 autoritatea contractanta a precizat care sunt criteriile in funcție de care va stabili daca un anumit tip de design poate fi considerat drept baza pentru proiectarea RE-R, relevanta acestor criterii fiind stabilita definitiv prin Decizia CNSC nr. 38/C 10/2720/09.01.2020.

Prin urmare, fara a mai putea analiza aspectele relative la relevanta acestor criterii, prima instanta avea a analiza strict concludenta răspunsului formulat de la solicitarea de clarificari nr. 22/426/11.12.2019. De altfel, in Sentinta recurata se retine in acest sens in mod expres la pag. 30 penultimul paragraf: "/"[...] tinand seama de limitele date de cererile si susținerile părților, precum si de deciziile mentionate, tribunalul este investit cu cenzurarea evaluării făcute de autoritatea contractanta asupra existentei design-ului verificat in exploatare [...] pornindu- se de la premisa ca design dovedit in exploatare este orice rama de tren cu pantograf idilizat pe cale ferata cu ecartament normal de 1435 mm, cu viteza maxima de 160 km/h, cu 150-400 locuri pe scaune/rama, cel puțin 160.000 km efectuati anual."

Din motivarea instantei retinuta in paragrafele 4-5 din pag. 31 a Sentintei recurate, se deduce că, in ceea ce privește cerința de la pct. 1.2.1 din Caietul de sarcini, instanta fondului a considerat in mod netemeinic si nelegal ca fiind fondate contestatiile formulate de

in privința concludentei răspunsului formulat de la solicitarea de clarificari nr. 22/426/11.12.2019, reținând următoarele: (i) că exista o neconcordanța intre cumpărător si emitentul certificatului; si (ii) că

ar fi toate entitati detinute de Statul astfel incat documentele nu ar emana de la terte parti.

Recurenta sustine că aceste critici/aspecte nu au făcut obiectul contestatiilor formulate de și, pe cale de consecință, nici nu au fost discutate in cauza in contradictoriu de către parti cu incalcarea principiului contradictorialitatii prevăzut de art. 14 C. proc. civ., precum si a principiului legalitatii stipulat la art. 7 C. proc. civ., devenind astfel incident motivul de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 5 C. pr. civ., "Casarea unor hotarari se poate cere numai pentru urmatoarele motive de nelegalitate: [...] 5. cand, prin hotararea data, instanta a incalcat regulile de procedura a căror nerespectare atrage sancțiunea nulitatii".

Procedând astfel, instanta a incalcat prevederile cu privire la dreptul de dispoziție al părților, prevăzut de art. 9 alin. (2) din Codul de procedura civila: "(2) Obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților". Pentru ca judecătorul să se poată pronunța, din oficiu, asupra unor aspecte care nu i-au fost solicitate, este necesară existența unei prevederi exprese a legii, care să permită înlăturarea principiului disponibilității. In acest sens insa recurenta observa că Legea nr. 101/2016 nu conține nicio dispoziție legala care sa permită instantei sa invoce din oficiu noi motive de nelegalitate ale actului ce face obiectul litigiului, fiind incident motivul de casare prevăzut de dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 6 C. proc. civ., in condițiile in care prin Sentinta recurata instanta a analizat aspecte si temeuri străine de apărările părților.

3. Nelegalitatea Sentinței recurate cu privire la considerentele primei instante privitoare la pretinsa nelegalitate a Procesului Verbal nr. 22/06/13.01.2020 ce face obiectul contestatiilor formulate pe cale judiciara in prezenta cauza in ceea ce privește concluziile comisiei de evaluare relative la calendarul realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate., a obținerii autorizațiilor si avizelor obligatorii.

În conformitate cu Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140 A.R.F. a fost obligata ca, la noua evaluare a propunerilor tehnice si a propunerilor financiare, să aibă în vedere următoarele:

-“Dispune comisiei de evaluare sa-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor si avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes, conform motivării”.

Prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140 din data de 29.11.2019, Consiliul a stabilit următoarele: "Modalitatea în care ofertantul în cauza, sau orice alt ofertant aflat în aceeași situație, ar putea dovedi macar posibilitatea încadrării în termenele asumate este, în opinia Consiliului, prezentarea unor precedente, a unor exemple anterioare în care producători de material rulant destinat transportului feroviar din afara UE au reușit implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate, obținerea tuturor avizelor si livrarea primului produs omologat într-un termen atât de scurt de la semnarea contractului, un termen care sa nu fie neaparat 18 luni (cel asumat de , dar cel puțin apropiat de aceste, 20, 22 sau 24 luni.

Prin urmare, Consiliul va admite aceasta critica si va dispune autoritatii contractante sa-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor si avizelor obligatorii, bazat pe demersuri anterioare similare finalizate cu succes. " [...]

În aplicarea dispozițiilor mai sus citate din Decizia CNSC (intrate în puterea lucrului judecat conform Deciziei civile nr. 348/16.03.2020 a Curții de Apel București), prin solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019, ARF a solicitat ofertantului având în vedere termenul de 18 luni ofertat pentru livrarea primei RE-R, un calendar detaliat si realist, privind implementarea standardelor de interoperabilitate si obținerea autorizațiilor si avizelor obligatorii, cu obligația ofertantului de a proba cele menționate în oferta si în calendarul precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute.

Consideră că în mod temeinic si legal membrii comisiei de evaluare au concluzionat prin Procesul Verbal nr. 22/06/13.01.2020 ce face obiectul contestațiilor formulate pe cale judiciară în prezenta cauză ca, pe baza documentelor si a informațiilor suplimentare primite si analizate de comisia de evaluare urmare a solicitării de clarificări nr. 22/443/20.12.2019, s-a constatat ca ofertantul a parcurs deja, până la data depunerii ofertelor, cat si ulterior, etape importante în procesul de proiectare - autorizare/verificare a conformității tehnice a vehiculului, fiind astfel în măsură să ofereze si să respecte termenul de 18 luni ofertat pentru livrarea primei RE-R.

Prima instanță afirma ca "nu a identificat înregistrări în care sa se afirme sau din care sa rezulte, neechivoc" stadiul de realizare al proiectării, ceea ce denota ignorarea aspectelor menționate în acest sens în mod expres de comisia de evaluare în Procesul Verbal nr. 22/06/13.01.2020 ce face obiectul contestațiilor formulate pe cale judiciară în prezenta cauză si respectiv a răspunsului acestui ofertant din 30.12.2019 la solicitarea de clarificări a autorității nr. 22/443/20.12.2019 în care acesta a evidențiat stadiul de realizare de 90% a proiectului, precum si pașii parcurși care au condus la acest stadiu. Mai mult, la termenul de judecată din data de 27.05.2020, reprezentantul legal al recurente a învederat instanței ca si au propus la rândul lor trenuri bazate pe rame electrice care servesc strict drept punct de pornire în proiectare. Toate aceste oferte presupun o serie de ajustări neesențiale în cadrul proiectării - acest aspect face parte din obiectul achiziției, nefiind nicidecum o încălcare a cerințelor Caietului de sarcini.

Instanța de fond ignora aspectele si documentele expres precizate de comisia de evaluare din cadrul recurente, așa cum sunt expuse la pag. 5 - 11 din Procesul Verbal nr. 22/06/13.01.2020 contestat în cauză, concluzia comisiei privind respectarea termenului de

livrare ofertat fiind întemeiata prin îndeplinirea rigorii de probatiune impusa ofertantului conform dispozițiilor exprese ale Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011,2023,2140 din data de 29.11.2019.

Instanta de fond a omis sa analizeze explicațiile detaliate oferite în răspunsul la clarificari dat de la solicitarea de clarificari a autoritatii cu nr. 22/443/20.12.2019, prima instanta aplicand in mod eronat dispozițiile art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016, ceea ce face sa devină incident motivul de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 8 C. proc. civ.

Prin recursul formulat de pârâtele

s-a solicitat casarea Încheierii din 27.05.2020 și a sentinței nr. 1935/12.06.2020, iar, în urma rejudecării litigiului, în fond, în principal, să se dispună respingerea contestației ca inadmisibilă, și respingerea contestațiilor ca nefondate, iar, în subsidiar, respingerea tuturor contestațiilor, ca nefondate.

În motivarea recursului, recurentele-pârâte invocă următoarele:

1. Tribunalul București a acoperit în mod nelegal inadmisibilitatea evidentă a contestației

Potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 „pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune stabilită după cum urmează: [...] c) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei.”

Așadar, titularul obligației de constituire a cauțiunii este definit prin trimitere la art. 49 al Legii nr. 101/2016, care prevede în alin. (1): "Pentru soluționarea contestației pe cale judiciară, persoana care se consideră vătămată se poate adresa instanței de judecată competente, potrivit prevederilor prezentei legi."

Dispoziția legală de mai sus stabilește o identitate legală între (i) persoana care formulează contestația judiciară, considerându-se vătămată, și (ii) persoana care are obligația de a constitui cauțiune pentru admisibilitatea contestației.

Or, în speță, nu a constituit vreo cauțiune în dosar în prealabil depunerii contestației judiciare - la dosarul există doar o cauțiune plătită de o societate care nu are calitate procesuală activă, anume . Așa fiind, contestația este evident inadmisibilă.

Pentru a eluda aplicarea unei norme imperative clare, prima instanța a argumentat următoarele prin încheierea interlocutorie din 27.05.2020:

Tribunalul, observând recipisă de consemnare a cauțiunii aflate la fila nr. 187 - volumul I din dosar nr. 1808/3/2020, precum și mențiunile de pe această recipisă, respectiv faptul ci a fost depusă de la dispoziția Tribunalului București în contestația din procedura de atribuire - anunț participare nr. fiind menționat în această recipisă, apreciază că îndeplinește condițiile de validitate ale cauțiunii ce trebuia depusă, iar faptul că aceasta a fost consemnată de către și nu de către nu cauzează nici un fel de vătămare niciuneia dintre părți, având în vedere că este menționată contestația pentru care a fost depusă această cauțiune, iar admiterea excepției inadmisibilității ar fi rezultatul unui formalism excesiv.

Așadar, în prezența unei norme imperative exprese - art. 61¹ alin. (1) al Legii nr. 101/2016 - care impune ca o cauțiune într-un anume quantum să fie consemnată de

contestator, prima instanță decide că respectarea acestei norme reprezintă (i) un formalism excesiv, respectiv că (ii) încălcarea ei nu cauzează o vătămare.

Raționamentul este neverosimil, fiind o expresie a abuzului pe care l-a comis prima instanță, favorizând nelegal interesele

Dreptul procedural al achizițiilor publice, ramură a contenciosului administrativ, este compus, fără excepție, din norme de ordine publică. Aplicarea lor este imperativă și nu se negociază cu instanța de judecată, care nu poate alege, după bunul plac, ce normă să aplice și ce normă să ignore ca fiind "de un formalism excesiv".

Procedând în sens contrar, anume înlăturând de la aplicare un text legal în vigoare - art. 61¹ alin. (1) al Legii nr. 101/2016 -, prima instanță s-a substituit legiuitorului, singurul în măsura să decidă scoaterea din efect a unei prevederi legale. Prima instanță a depășit astfel atribuțiile puterii judecătorești, incident fiind motivul de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 4 C. pr. civ.

Același temei de casare este incident și în privința celui de-al doilea raționament al Tribunalului București, anume că neconstituirea cauțiunii de către contestator "nu cauzează niciun fel de vătămare niciuneia dintre părți". În acest mod, pentru a ocoli aplicarea sancțiunii inadmisibilității față de contestația instanța de judecată adaugă la lege, impunând condiția suplimentară a dovedirii unei vătămări.

Or, în contenciosul administrativ, normele sunt imperative - aplicarea lor nu este condiționată de dovedirea unei vătămări, ori de vreo altă rigoare în afara celor prevăzute de conținutul textului legal. Acesta este motivul pentru care, de altfel, contenciosul administrativ nu permite distincția nulitate absolută - nulitate relativă - nerespectarea unei norme de drept public atrage automat sancțiunea legală.

Dacă contestatorul nu a constituit o cauțiune în termenul de depunere a acțiunii, instanța este ținută să aplice sancțiunea prevăzută de art. 61¹ alin. (1) și să respingă contestația ca inadmisibilă.

Din nou, oricât ar încerca Tribunalul București să acopere finele de neprimire al contestației incidența unei sancțiuni legale nu e subiectul unei tranzacții cu judecătorul. Condiția "dovedirii unei vătămări" este un abuz al primei instanțe - dacă am accepta contrariul, ar însemna că nici tardivitatea impusă de art. 50¹ al aceleiași legi nu ar fi aplicabilă în afara cazului în care pârâtul ar dovedi o vătămare. În acest mod, procedura contenciosului administrativ devine una supletivă, la latitudinea părților, scenariu care n-are nicio legătură cu normele de ordine publică.

Pentru a nega sancțiunea inadmisibilității contestației Sentința recurată a intrat deci și sub incidența temeiului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 5 C. pr. civ. .

Chiar trecând ad absurdum peste cele de mai sus, vătămarea există în mod evident: pentru un eventual abuz de drept, autoritatea contractantă se poate îndestula doar dintr-o cauțiune aparținând persoanei responsabile pentru acest abuz. Regulile răspunderii civile delictuale nu permit angajarea răspunderii unui terț pentru fapta culpabilă a unui anume contestator.

Pentru acest motiv cauțiunea trebuie constituită de către persoana vătămată, altfel spus de ofertantul care formulează contestația - doar răspunderea delictuală a acestei persoane poate fi angajată pentru un abuz de drept procesual, întrucât doar ea este autoarea faptei ilicite comise cu vinovăție. O acțiune în răspundere civilă delictuală împotriva unui terț de demersul contestației nu poate fi vreodată admisă, întrucât respectivul terț nu este autor al vreunui delict.

Cele de mai sus sunt confirmate de practica Tribunalului București, precum și a altor instanțe, pe care recurtele le redau în cuprinsul recursului.

Urmare a celor de mai sus, recurrențele consideră că raționamentul primei instanței în sensul respingerii excepției inadmisibilității contestației este afectat de temeiurile de

casare prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 4 și pct. 5 C. pr. civ. . Se impune casarea Sentinței recurate și, în rejudicare, respingerea contestației . ca inadmisibilă.

2. Prima instanță a reținut în mod nelegal neconcludența răspunsului cu privire la cerința art. 1.2.1. din caietul de sarcini referitoare la utilizarea unui design verificat în exploatare.

Capitolul 1.2 - Domeniul de aplicare al Caietului de sarcini cuprinde următoarea prevedere în art. 1.2.1: "Furnizorul va oferi un vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini."

În aplicarea Deciziei CNSC nr. 2153/2019, ARF a adresat recurentelor-pârâte solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019, a cărei legalitate a fost menținută definitiv prin Decizia CNSC nr. 38/2020:

"În conformitate cu cele pecizate în procesul verbal nr. 22/421/10.12.2019, comisia de evaluare a constatat că este necesar răspunsul dumneavoastră la următoarele solicitări de clarificări:

1. să prezentați suplimentar, față de cele încărcate în SICAP, documentele care atestă îndeplinirea cerinței de la pct. 1.2.1 din caietul de sarcini, unde se precizează, cităm: "furnizorul va oferi un vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare)". În această privință, vă solicităm să prezentați următoarele informații și documente:

a) identificarea clară a desenului care stă la baza vehiculului propus în cadrul ofertei dumneavoastră. Comisia de evaluare consideră că următoarele elemente de referință ale RE-R sunt definitorii pentru ca un anumit tip de design să poată fi considerat ca bază pentru RE-R:

- ramă electrică cu pantograf;
- utilizată pe calea ferată cu ecartament normei dc 1435 mm;
- pentru transportul regional și/sau suburban;
- capabile să atingă o viteză maximă de 160 km/h;
- dimensiunile unităților și capacitatea de locuri pentru călători similare cu cele oferite;
- cel puțin 161.000 kilometri efectuați anual.

b) documente doveditoare privind faptul că acest design este verificat în exploatare. Documentele doveditoare vor fi emise de către terțe părți, respectiv operatorii de transport feroviar/administratorul de infrastructură/gestionari de infrastructură, după caz. Aceste documente vor preciza denumirea vehiculului, locul și modul de exploatare, precum și informații precise privind fiecare element de referință listat mai sus.

c) identificarea clară a principalelor modificări față de acest design care vor fi efectuate pentru ca vehiculul propus, în cadrul ofertei dumneavoastră, să fie conform cu cerințele caietului de sarcini.

Așadar, prin solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019 autoritatea contractantă a stabilit care sunt criteriile în funcție de care va stabili dacă un anumit tip de design poate fi considerat drept bază pentru proiectarea RE-R. Mai exact este vorba despre vehiculul propus drept bază trebuia să aibă o ramă electrică cu pantograf; vehiculul propus să fie utilizat pe calea ferată cu ecartament normal de 1.435 mm; să fie utilizat pentru transportul regional și/sau suburban; să fie capabil să atingă o viteză maximă de 160 km/h; să aibă dimensiuni sau capacități de locuri pentru călători similare cu cele oferite și să aibă cel puțin 160.000 kilometri efectuați anual.

cunoșteau conținutul acestei solicitări de clarificări și nu au contestat-o. Prin urmare, este tardiv la acest moment să critice criteriile stabilite de autoritatea contractantă ca relevante pentru îndeplinirea cerinței. Ba mai mult, a susținut chiar legalitatea și temeinicia actului autorității care solicita clarificări cu privire la aceste criterii.

Drept urmare, aceste criterii fiind consolidate, rămâne a se verifica dacă ele sunt respectate de designul verificat în exploatare pe care se bazează vehiculul.

erau decăzute din a pretinde în fața primei instanțe că ARF ar fi trebuit să aleagă alte criterii drept relevante pentru clarificarea îndeplinirii cerinței de la Art. 1.2.1 din Caietului de sarcini - relevanța acestor criterii este tranșată de Decizia CNSC nr. 38/2020.

Prin urmare, testul legal cu care era investit Tribunalul București în prezentul dosar era acela de a verifica caracterul concludent al răspunsului formulat de la solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019. Acest lucru este afirmat, cu titlu preliminar, și de Sentința recurată: "ținând seama de limitele date de cererile și susținerile părților, precum și de deciziile menționate, tribunalul este investit cu cenzurarea evaluării făcute de autoritatea contractantă asupra existenței design-ului verificat în exploatare [...] pornindu-se de la premisa că design dovedit în exploatare este orice ramă de tren cu pantograf, utilizat pe cale ferată cu ecartament normal de 1435 mm, cu viteză maximă de 160 km/h, cu 150-400 locuri pe scaune/ramă, cel puțin 160.000 km efectuați anual."

Din acest punct, motivarea Sentinței recurate devine un abuz.

Astfel, Tribunalul București arată:

"Deși în toate aceste contracte, figurează cumpărător certificatele de performanță (f. 291-287) referitoare la contractele mai sus menționate sunt emise de către o altă entitate decât cumpărătorul, respectiv

astfel că, există o neconcordanță între cumpărător și emitentul certificatului, acesta din urmă făcând referire, în certificatele emise, la contracte, ca și cum el le-ar fi încheiat în calitate de cumpărător.

În plus, aceste entități economice, din datele disponibile publicului, rezultă că aparțin statului (de altfel, nici pârâta nu a susținut contrariul în combaterea argumentelor reclamantelor referitoare la ajutoarele de care beneficiază societatea mamă), astfel că nu se poate susține în mod rezonabil că o societate aparținând aceluiași proprietar ar fi un terț față de o altă societate a aceluiași în raporturile acesteia cu o a treia entitate, ci că raporturile dintre acestea sunt asemănătoare subsidiarelor (entități cu aceeași societate mamă). În concluzie, aceste documente nu emană de la terțe părți astfel că, având în vedere și considerentele referitoare la lipsa identității dintre cumpărător și declarant, tribunalul a apreciat că analiza făcută de către pârâta autoritate contractantă este superficială și eronată, întrucât aceste înscrisuri nu sunt apte să dovedească caracteristica verificării în exploatare în ultimii 5 ani a ramei pe care se bazează vehiculul propus."

Redactarea este greu inteligibilă. Însă ea pare să conducă la ideea că Tribunalul București a admis contestațiile în privința concludenței răspunsului privind cerința art. 1.2.1 bazându-se pe concluzia că: a) ar exista o neconcordanță între cumpărător și emitentul certificatului;

ar fi toate entități deținute de astfel încât documentele nu ar emana de la terțe părți.

Susținerile sunt efectiv bizare, o mostră elocventă a modului în care o instanță de judecată înțelege să se depărteze de obligația de a soluționa imparțial o cauză, invocând pe cont propriu argumente care favorizează contestatoarele și admițându-și-le fără să le pună în discuția părților.

Astfel, niciuna dintre cele două teze de mai sus nu au fost invocate prin contestație de nu invocă niciunde în cuprinsul contestației că (i) ar exista o neconcordanță între cumpărător și emitentul certificatului de performanță, respectiv (ii) că documentele nu ar emana de la terțe părți.

O astfel de modalitate de soluționare a unei cauze care privește atribuirea unui contract din bani publici în valoare estimată de reprezintă, pe de o parte, un simulacru de proces echitabil, pe de altă parte, o vătămare gravă a principiilor de bază ale procesului civil.

Așadar, în speță instanța admite susțineri (greșite, de altfel) pe care și le invocă singură, fără a face parte din sfera investiției, fără a le pune în discuția părților și fără a respecta dreptul la apărare al părții pârâte.

Această conduită atrage incidența automată a art. 488 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ., respectiv a art. 488 alin. (1) pct. 5 C. pr. civ. .

Pe de o parte, potrivit pct. 6 al art. 488 alin. (1) C. pr. civ., "Casarea unor hotărâri se poate cere numai pentru următoarele motive de nelegalitate: [...] 6. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei."

Această argumentare reprezintă un caz grav de încălcare a unui principiu fundamental al procesului civil, anume principiul disponibilității părților. Potrivit art. 9 alin. (2) C. pr. civ., plasat în Titlul preliminar - Capitolul II. Principiile fundamentale ale procesului civil, "[o]biectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților",

Este de domeniul evidenței că o instanță nu poate invoca alte motive de nelegalitate ale unui act contestat de un particular - orice precedent contrar ar transforma-o din organ de jurisdicție, care se raportează la limitele investiției, în organ de control inchiuzitorial, competent să stabilească de unul singur obiectul procesului, fără intervenția părților.

După cum s-a arătat într-un reputat tratat doctrinar, "[a] califica înseamna a da o denumire legală unei cereri fundamentate corect în raport de situația de fapt, chiar dacă textele legale sunt eronat indicate [...]; modificarea cererii înseamnă, între altele, a refundamenta o cerere întemeiată greșit, aspect ce nu poate fi realizat decât de partea care a formulat cererea respectivă".

În același sens, s-a subliniat că "instanța judecătorească este obligată să statueze asupra celor solicitate de către părți, fără a putea depăși, ca regulă, cadrul procesual trasat de către acestea în exercitarea acțiunii civile, atât sub forma cererilor în justiție, cât și a apărărilor. Excepțiile de la acest drept trebuie să fie expres prevăzute de lege" .

Or, Legea nr. 101/2016 nu conține nicio dispoziție legală care să permită instanței să invoce din oficiu noi motive de nelegalitate ale actului ce face obiectul unui litigiu.

Câtă vreme principiul disponibilității este de esența procedurii civile, instanța de judecată nu va avea niciodată posibilitatea de a invoca mai mult decât partea. A admite arguendo teza contrară ar însemna că în materia contenciosului administrativ (în care toate nulitățile rezultă din încălcarea unor norme de ordine publică, absentă fiind distincția civilistă nulitate absolută - nulitate relativă), particularul ar putea solicita instanței să realizeze o investigație pe cont propriu a întregului act, urmată de invocarea oricăror temeuri găsite relevante de judecător.

O asemenea ipoteză nu ar anihila doar principiul disponibilității procesuale reglementat de art. 9 C. pr. civ., ci și sensul procesului civil în ansamblul său - instanțele de judecată ar dobândi o poziție inchiuzitorială, în care ar lucra în favoarea intereselor reclamantului, în loc de a își păstra echidistanța față de un cadru procesual stabilit de părți. În acest sens s-a arătat că "nu trebuie recunoscută posibilitatea judecătorului de a schimba, din oficiu, cauza cererii de chemare în judecată și în considerarea faptului că o asemenea modificare, practic, s-ar face exclusiv în favoarea reclamantului (greu de crezut că un judecător care a schimbat cauza ar respinge ulterior cererea; dimpotrivă, schimbarea cauzei s-ar face pentru a se admite cererea), afectându-se astfel obligația de imparțialitate a instanței și, prin urmare, dreptul pârâtului la un proces echitabil [...]".

Raportat la cele de mai sus, este evident că prima instanță a admis contestațiile conexate prin analiza unor temeuri/argumente străine de cadrul procesual dedus judecății. Acest aspect atrage de sine stătător incidența cazului de casare reglementat de art. 488 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ. .

Pe de altă parte, temeiurile invocate pe cont propriu (pretinsa neconcordanță între cumpărător și emitentul certificatului, susținerea că de Tribunalul București nu au fost puse niciodată în discuția părților. Ambele susțineri argumentate de judecător (în contul reclamanților) sunt lipsite de temei, dar

nu a avut efectiv posibilitatea de a se apăra, de a formula un punct de vedere față de ele.

O astfel de manieră de soluționare a unei cauze nesocotește cele mai elementare garanții ale dreptului la un proces echitabil - recurențele nu au beneficiat nici de dreptul de a formula apărări față de cele invocate pe cont propriu de însăși instanța de judecată, nici de a propune probe pentru a demonstra netemeinicia acestor afirmații. Astfel, prima instanță a încălcat o pleiadă de principii fundamentale ale procesului civil: principiul contradictorialității, reglementat de art. 14 C. pr. Civ, dreptul la apărare, reglementat de art. 13 C. pr. civ., principiul legalității reglementat de art. 7 C. pr. civ, principiul dreptului la un proces echitabil reglementat de art. 6 alin. (1) C. pr. civ. și art. 6 alin. (1) al Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

În acest condiții incident devine temeiul de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 5 C. pr. civ., "Casarea unor hotărâri se poate cere numai pentru următoarele motive de nelegalitate: [...] 5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității".

Totodată, admitând o acțiune prin analiza unui motiv străin de cadrul procesual dedus judecății, Sentința atacată reprezintă un caz de nejudicare a fondului, în sensul dispozițiilor art. 498 alin. (2) C. pr. civ. .

Dacă s-ar trece ad absurdum peste toate cele de mai sus, prima instanță a aplicat oricum greșit cerințele legale privind concludența răspunsurilor la clarificări, cu încălcarea art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 394/2016, aspect ce atrage incidența temeiului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 8 C. pr. civ. .

Răspunsul la clarificări oferit de [] a transmis informațiile solicitate de autoritatea contractantă cu privire la conformitatea ofertei, înscrisurile depuse dovedind respectarea solicitărilor ARF.

În primul rând. explicația emiterii certificatelor de performanță de către

Ltd. este una simplă:

a) [] este o subsidiară a companiei feroviare de stat

b) [] reprezintă o asocierie în participație deținută în coproprietate de []

c) Prin Telegrama Feroviară nr. []

să realizeze recepția ramelor feroviare

"Conform telegramelor primite de [] privind cererea de informare asupra numărului vehiculelor și atribuirea noilor UEM, după "analiza" numerelor de serie ale celor șase noi seturi de UEM modelul [] produse de către []

(achiziționate de []

Rugăm compania []

împreună cu compania []

să pregătească procedura de recepție a acestor UEM, și organizarea problemelor conexe privind livrarea și ridicarea noilor UEM din fabrică".

d) Similar, prin Telegrama Feroviară nr. []

a instruit [] să realizeze recepția ramelor feroviare

"În legătura cu cererea de informare asupra numărului vehiculelor și atribuirea de UEM modelul [] pentru [] de către []

După "analiza", cele cinci seturi de UEM modelul [] produse de către []

au numerele de

serie:

Rugăm compania să pregătească procedura de recepție a acestor UEM, și organizarea problemelor conexe privind livrarea și ridicarea noilor UEM din fabrică".

Așa fiind, recepționarea ramelor feroviare și emiterea certificatelor de performanță s-a făcut de către ca urmare a procedurii exprese solicitate de compania feroviară de stat cunoscut fiind că bunul fusese achiziționat de compania-proiect a Identitatea dintre bunul recepționat prin Certificatul de performanță și cel care a făcut obiectul contractului de furnizare este evidentă, rezultând expres din cuprinsul documentelor depuse în adresa de răspuns la solicitarea de clarificări a ARF nr. 22/443/11.12.2019.

În al doilea rând, motivarea Tribunalului București pare să indice credința acestei instanțe că nu ar fi o entitate distinctă de cea a achizitorului. Susținerea este neverosimilă - nici nu au pretins o asemenea împrejurare, cu atât mai puțin să realizeze o probațiune în acest sens.

este un subiect de drept de naționalitate societate cu răspundere limitată, independentă de companiile feroviare achizitoare din Motivarea Tribunalului București pare să indice că nicio livrare de trenuri în nu ar avea efecte juridice în fața unei instanțe române, afirmație șocantă și o bună mostră a abuzului prin care s-a soluționat o astfel de cauză.

Este de notat că Tribunalul București mai reține, fără a folosi ulterior această susținere în raționamentul său, că "pârâta nu a menționat și principalele modificări față de design-ul bază care vor fi efectuate pentru ca vehiculul propus să fie conform cu cerințele caietului de sarcini".

Susținerea dovedește o necercetare a fondului - asocierea a arătat cu fiecare ocazie începând cu răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019 faptul că designul propus drept bază, respectiv trenul ce urmează a fi proiectat sunt în proporție de 90% identice. În cadrul fișelor nr. 1-9 ale răspunsului la clarificare a fost redat întregul grafic din care rezultă atât asemănările cât și deosebirile dintre RE-R ofertat și RE-R pe a cărui design a fost bazat produsul ofertat, precum și principalele ajustări față de acest design care au fost efectuate pentru ca vehiculul produs să corespundă cerințelor Caietului de sarcini.

3. Prima instanță a reținut în mod nelegal neconcludenta răspunsului cu privire la termenele de livrare asumate.

Factorul de evaluare relevant pentru acest termen este cel menționat de art. II.2.5 din FDA: "Livrare a primei unități RE-R Termenul pentru livrarea primei unitati in vederea punerii in funcțiune pe rețeaua CFR 3% Punctaj maxim factor: 3 Algoritm de calcul: 3% pentru livrarea primei unitati in vederea punerii in funcțiune pe rețeaua CFR in termen de 18 luni de la data semnării contractului. Pentru fiecare luna in plus va fi scăzut 0.5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme si eliminate"

Prin Decizia CNSC nr. 2153/2019 s-au dispus următoarele:

"Modalitatea în care ofertantul în cauză, sau orice alt ofertant aflat în aceeași situație, ar putea dovedi măcar posibilitatea încadrării în termenele asumate este, în opinia Consiliului, prezentarea unor precedente, a unor exemple anterioare în care producători de material rulant destinat transportului feroviar din au reușit implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate, obținerea tuturor avizelor și livrarea primului produs omologat într-un termen atât de scurt de la semnarea contractului, un termen care să nu fie neapărat 18 luni (cel asumat de dar cel puțin apropiat de aceste, 20, 22 sau 24 luni.

Prin urmare, Consiliul va admite această critică și va dispune autorității contractante să-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, bazat pe demersuri anterioare similare finalizate cu succes." (fila nr. 257)

[...]

"Dispune comisiei de evaluare să-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare finalizate cu succes, conform motivării." (fila nr. 272)

Această hotărâre a Consiliului și-a consolidat forța obligatorie prin respingerea căilor de atac împotriva ei, în cadrul Deciziei civile nr. 348/16.03.2020 a Curții de Apel București.

Prin solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019, ARF a solicitat următoarele:

2. să prezentați, având în vedere termenul de 18 luni ofertat pentru livrarea primei RE-R, un calendar detaliat și realist, privind: a. implementarea standardelor de interoperabilitate; b. obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii.

Printre altele, acest calendar va include o prezentare detaliată a modului concret în care vor fi obținute următoarele documente:

- i. documentația de omologare / agrementare tehnică / autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață conform Regulamentului (UE) 2018 / 545;
- ii. protocoale de probe finale (inclusiv proba de parcurs);
- iii. autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului conform capitolului 1.5 din caietul de sarcini.

Modul concret de obținere va include o prezentare a demersurilor necesare, inclusiv, pentru punctele "i" și "iii", organismele/autoritățile la care intenționați să vă adresați pentru obținerea autorizațiilor respective.

În acest sens veți proba cele menționate, în ofertă și în calendarul anterior precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute anterior, de dumneavoastră sau de un alt producător de la o autoritate în domeniu recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căi Ferate (ERA), după finalizarea cu succes a demersurilor respective, pentru un produs feroviar similar (material rulant de călători).

Evidențiază încă o dată că legalitatea conținutului acestei solicitări de clarificări, a modului în care ea a pus în aplicare Decizia CNSC nr.2153/2019 a fost tranșată definitiv prin Decizia CNSC nr. 38/2020.

Prin urmare, unicul examen legal cu care era investită prima instanță era acela de a verifica dacă a oferit informațiile cerute prin solicitarea de clarificări, anume:

- a) A oferit o prezentare detaliată a modului concret în care va obține documentele necesare în procesului de autorizare, evidențiind și demersurile necesare;
- b) A prezentat dovada finalizării cu succes a unor astfel de demersuri de către un terț, pentru un produs feroviar similar.

Din nou, Tribunalul București a ignorat complet această cerință legală, invocând pe cont propriu susțineri care nu aveau nicio legătură cu sfera investiției.

Pentru a proceda în acest sens, prima instanță a copiat efectiv susținerile neprobate ale contestatoarelor și a inversat în mod bizar sarcina probei, afirmând că pârâtele ar fi trebuit să facă dovada "cu punctul de vedere" al unui specialist că simple susțineri ale unor competitori nu reprezintă probe concludente:

"În ceea ce privește aprecierea asupra calendarului detaliat și realist pe care pârâta trebuia să îl furnizeze, în primul rând trebuie pornit de la faptul că modelul ofertat nu a mai fost realizat, astfel că trebuie conceput de către acest ofertant, începând cu redimensionarea caroseriei, trebuind găsite, într-un termen scurt, soluții tehnice pentru

micșorarea înălțimii podelei vagonului, de la 1250 mm la 600 mm și reamplasarea echipamentelor necesare funcționării ramei, reproiectarea vagonului, ținând seama de diferența dintre înălțimile caroseriilor, de la 3860 mm la 3405 mm, și de faptul că diferența dintre înălțimile caroseriei și ale podelei sunt diferite, modelul propus având o „înălțime utilă” mai mare, de 2805 mm(3405-600) decât cel în exploatare, de 2610 mm(3860-1250) și că echipamentele cuprinse în 455 mm diferență înălțime și 440 mm diferență lățime caroserie, trebuie să fie redimensionate pentru a putea fi încorporate în caroseria mai scundă și mai subțire, de 3405 mm/2860mm.

De asemenea, și parametrii tehnici ai ramei vor trebui reproiectați, având în vedere diferențele la accelerația la pornire și la decelarația la frânarea de serviciu între cele două vehicule, cel oferat și cel existent. Tribunalul nu poate primi, în lipsa unei opinii emise de către un specialist în material rulant, afirmația pârâtei referitoare la mărirea acestor parametri prin modificarea softului pe baza căruia funcționează trenul, întrucât nu se poate identifica nici o rațiune pentru care acest ofertant nu ar fi fabricat, dacă putea, rame de tren cu caracteristicile discutate, superioare celor existente. "

Un astfel de raționament reprezintă o încălcare a normei procedurale prevăzute de art. 249 C. pr. civ. ("Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege."), aspect ce atrage incidența temeiului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 5 C. pr. civ.

Pentru a reține aceste considerente, Tribunalul București nu s-a bazat pe nimic altceva decât pe presupunerile contestatoarelor, pe care le-a copiat. Instanța nu a administrat absolut nicio probă pentru dovedirea unor astfel de speculații, afirmând neverosimil că pârâta într-un proces trebuie să facă proba contrară unor afirmații ale reclamantei.

Chiar trecând peste aspectele de mai sus, ~ a arătat pe larg faptul că designul propus drept bază, respectiv trenul ce urmează a fi proiectat sunt în proporție de 90% identice. A redat în răspunsul la clarificare, precum și în întâmpinare graficul din care rezultă asemănările, precum și diferențele între cele două modele. După cum se poate observa din tabelul comparativ redat în răspunsul la clarificare/întâmpinare (filelor nr. 1-9 ale răspunsului la clarificarea nr. 22/426/11.12.2019, paragraful nr. 75 al întâmpinării din dosar nr. 1808/3/2020, paragraful nr. 95 al întâmpinării din dosar nr. 2036/3/2020), trenul oferat este bazat pe un design verificat în exploatare și corespunde întru totul elementelor pe care autoritatea contractantă le-a apreciat a fi necesare pentru a se considera că modelul propus poate servi drept bază a RE-R.

Faptul că prima instanță a preluat o serie de afirmații ale ~ nu înseamnă că acestea reprezintă realități probate. Astfel, afirmațiile cu privire la tipul caroseriei sunt lipsite de temei. A redat în tabelul sus amintit similaritățile tipului de caroserie utilizat. Caracteristicile acestora nu suferă vreo modificare semnificativă - o astfel de chestiune ține de proiectarea trenului, aspect tratat prin proiectul realizat.

Similar, criticile cu privire la diferența dintre puterea accelerației, respectiv a decelerației sunt lipsite de relevanță raportat la cerințele Caietului de sarcini. Este o realitate tehnică că ambele valori depind de puterea motorului. Or, puterea motorului, după cum rezultă și din graficul de mai sus, este aceeași în cazul ambelor modele. Fiind doar o chestiune ce ține de soft-ul vehiculului, modificarea proiectului nu este nicidecum una de esență. Explicația este aceeași și în cazul decelerației.

Cât privește opinia primei instanțe că nu se "poate identifica nicio rațiune" pentru care ~ nu ar fi fabricat deja un tren cu astfel de cerințe, ea este o bună mostră a analizei superficiale cu care judecătorul cauzei a tratat speța. În mod evident, caracteristicile oricărei achiziții de rame feroviare diferă - acesta este motivul pentru care fiecare astfel de procedură presupune și "proiectare". Niciun producător de trenuri nu aduce trenuri "de pe raft", ci toate presupun o serie de ajustări a modelului utilizat în exploatare.

cunosc foarte bine acest lucru:

a. a oferat un tren din familia care presupune diverse variante și configurații de tren. În acest sens, este relevant următorul extras al publicației de specialitate internațională Railway Technology:

"Familia de trenuri regionale fabricată de este material rulant de înaltă performanță oferit în diverse configurații potrivite pentru cerințe diverse. [...]"

Familia de trenuri regionale include

a dezvoltat, de asemenea, trenuri

special pentru și alți operatori regionali din

Trenurile constau din mai multe unități electrice cu două până la șapte vagoane (UEM). Până la patru rame pot fi cuplate pentru a obține un tren cu 12 unități.

Platforma include două modele, unul dezvoltat pentru operarea în iar altul pentru

este disponibilă în configurații de unități multiple cu una, două și trei unități (vagoane) diesel (DMU). Până la trei rame pot fi cuplate împreună, iar motorul diesel din cadrul optimizează secțiunea cu podea joasă, în timp ce materialul rulant respectă noile standarde europene de mediu.

vine cu UEM cu trei, patru, cinci sau șase unități (vagoane). Până la patru seturi de rame pot fi unite în timpul perioadelor de vârf. Echipamentele de tracțiune montate pe acoperiș asigură spații interioare spațioase. [...] Trenul este potrivit pentru înălțimi de platformă cuprinse între 550mm și 760mm".

b. a oferat un tren din familia care presupune diverse variante și configurații de tren. În acest sens, este relevant următorul extras al publicației de specialitate Railnet.ro :

„Familia de vehicule a fost concepută în viziunea "unul pentru toți", adică un vehicul care să poată acoperi o paletă cât mai largă de utilizări:

- familia este printre putinele care cuprind atât automotoare Diesel, cât și electrice;

- configurațiile posibile ale trenului acoperă toate fluxurile probabile de călători, de la linii secundare puțin frecventate și până la serviciul suburban

- configurația variabilă a interiorului și adaptabilitatea înălțimii platformelor de acces și a podelei permit utilizarea trenurilor în cele mai diverse condiții de trafic și servicii (de exemplu, linie pentru deservirea aeroporturilor). [...]

Ca urmare, familia de vehicule cuprinde două grupe: trenurile articulate, tot mai apreciate în anumite segmente de piață, și trenurile convenționale, compuse din vagoane individuale. Pot fi realizate astfel trenuri automotoare cu o lungime cuprinsă între 25,5 m și circa 105 m, cu o capacitate de 115 până la 600 de călători."

Prin urmare, așa cum a arătat și reprezentantul legal al ARF la termenul de judecată al cauzei, au propus la rândul lor trenuri bazate pe rame electrice care servesc strict drept punct de pornire în proiectare. Toate aceste oferte presupun o serie de ajustări neesențiale în cadrul proiectării - acest aspect face parte din obiectul achiziției, nefiind nicidecum o încălcare a cerințelor Caietului de sarcini.

Subsecvent, prima instanță afirmă că "nu a identificat înscrisuri în care să se afirme sau din care să rezulte, neechivoc" stadiul de realizare al proiectării. Afirmația reprezintă o necercetare a fondului - în cadrul răspunsului din 30.12.2019 la solicitarea de clarificări a autorității nr. 22/443/20.12.2019, fila nr. 6, a evidențiat stadiul de realizare de 90% a proiectului, precum și pașii parcurși care au condus la acest stadiu.

De altfel, prima instanță refuză în continuare să se raporteze la normele legale care îi impuneau să verifice concludența unui răspuns privind un calendar realist pentru viitor. Evident, la momentul emiterii răspunsului la clarificare, lui nu îi putea

reveni sarcina probei unor fapte viitoare, ci cea a caracterului credibil, realist al unui calendar de etape propuse.

Or, câtă vreme a probat în mod amplu că rama ofertată este bazată în proporție de 90% pe un model deja utilizat în exploatare, este evident că proiectarea poate fi realizată cu celeritate, astfel încât estimările din calendarul înainte de pârâte sunt realiste.

Între timp, proiectul tehnic a fost finalizat, după cum a arătat și în fața primei instanțe și după cum va fi dovedit și în fața Curții de Apel București - relevant pentru aprecierea caracterului concludent al răspunsului este momentul emiterii procesului verbal de evaluare, anume 13.01.2020. La acest moment, pârătele prezentaseră un calendar realist cu privire la pașii de urmat în viitor pentru livrarea trenului în 18 luni de la semnarea contractului. Refuzând să evalueze acest aspect, și afirmând bizar că nu a identificat o asumare a stadiului de 90% de proiectare, Tribunalul București a aplicat greșit prevederile legale privind concludența răspunsurilor la clarificări, cu încălcarea art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016.

În continuare, prima instanță s-a lansat din nou în invocarea pe cont propriu a unor considerente care nu fuseseră ridicate de contestatoare:

"Trebuie avut în vedere și că informării AFR din data de 13.06.2019-f. 260 și 253 bibl. nr. 3- cu privire la lipsurile documentelor depuse de către , prin mandatar, alături de cererea din data de 24.05.2019, acesta i-a răspuns abia la data de 5.12.2019, prin depunerea, alături de o serie de alte documente, a cererii refăcute conform formularului prevăzut de norme, așa cum i se pusese în vedere prin adresa din 13.06.2019. [...] În justificarea termenului de obținere a autorizării în luna iunie 2021, pârâta a prezentat și un calendar asumat de către mandatarul său (în acest program se prevede că evaluarea vehiculului și al documentației se va face începând cu luna mai/iunie 2019, ceea ce presupune că documentele au fost deja depuse, în mod complet și conform cu reglementările), însă, în aprecierea posibilității respectării acestui termen, nu se poate face abstracție de faptul că abia în data de 5.12.2019 a fost depusă cererea conform solicitărilor autorității de autorizare, potrivit mențiunilor de pe această cerere".

Într-un prim aspect, astfel de temeuri sunt invocate din nou pe cont propriu de însăși instanța de judecată, fără să fi fost ridicate de contestatoare, fără să fi fost puse în discuția părților, fără ca să fi avut ocazia să formuleze o apărare.

În aceste condiții, devin evidente incidente temeuri flagrante de casare reprezentate de art. 488 alin. (1) pct. 5 și pct. 6 C. pr. civ., aplicabile fiind în mod analog considerentele exprimate în paragrafele nr. 42-59 ale secțiunii anterioare. În interesul conciziei, extrasele doctrinare/jurisprudențiale acolo expuse nu vor fi reluate, însă aceasta nu schimbă gravitatea unui astfel de mod de a proceda al unei instanțe de judecată, respectiva iminența casării Sentinței recurate.

Trecând arguendo peste aceste aspecte, susținerea reprezintă din nou o greșită aplicare a legii, ce atrage incidența temeiului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 8 C. pr. civ. .

Momentul depunerii cererii inițiale la Organismul Notificat Feroviar Român ("ONFR") este, potrivit legii, momentul de debut al procedurii de verificare a conformității, care presupune - în această etapă - (ii) capturarea cerințelor esențiale tehnice pe care rama trebuie să le îndeplinească, (ii) identificarea tuturor standardelor aplicabile în procesul de proiectare, elaborare documentație, fabricație etc. și, subsecvent, (iii) definirea temei de proiectare, respectiv (iv) realizarea proiectului tehnic propriu zis.

Astfel, potrivit art. 18 - Procedura de emiteră a declarației de verificare "CE"- al H.G. nr. 877/2010 privind interoperabilitatea sistemului feroviar

„(1) Pentru emiteră declarației de verificare "CE" pentru subsisteme, solicitantul invită organismul notificat pe care l-a selectat în acest scop să aplice procedura de verificare

"CE" prevăzută în anexa nr. 6. Solicitantul poate fi partea contractantă sau producătorul ori reprezentantul său autorizat din cadrul Uniunii Europene.

(2) Obligația organismului notificat responsabil de verificarea "CE" a unui subsistem începe din faza de proiectare și acoperă întreaga perioadă de producție, până la faza de recepție dinaintea dării în exploatare a subsistemului. Aceasta include, de asemenea, verificarea interfețelor subsistemului în cauză cu sistemul în care este încorporat, pe baza informațiilor disponibile în STI relevantă și în registrele prevăzute la art. 31 și 32.

(3) Organismul notificat este responsabil de redactarea dosarului tehnic care trebuie să însoțească declarația de verificare "CE". Acest dosar tehnic trebuie să conțină toate documentele necesare referitoare la caracteristicile subsistemului și, după caz, toate documentele care atestă conformitatea constituenților de interoperabilitate. Dosarul trebuie să conțină, de asemenea, toate elementele referitoare la condițiile și limitele de utilizare, precum și instrucțiuni referitoare la service, verificare continuă sau periodică, reglare și întreținere.

(4) Organismul notificat poate emite declarații intermediare de verificare pentru anumite etape ale procedurii de verificare sau anumite părți ale subsistemului. În acest caz, se aplică procedura prevăzută în anexa nr. 6.

(5) În cazul în care STI relevante permit acest lucru, organismul notificat poate emite certificate de conformitate pentru o serie de subsisteme sau anumite părți ale subsistemelor respective."

Prin urmare, așa cum a arătat pe larg în calendarul prezentat în răspunsul la clarificare din 30.12.2019, perioada dintre 20.05.2019 și 5.12.2019 a fost folosită de tocmai în vederea capturării cerințelor și a definirii temei de proiectare. Acest interval a presupus o activitate laborioasă de parcurgere și analiză a peste 1.000 de standarde aplicabile, respectiv 1.000 de cerințe tehnice incidente.

Subsecvent, la 5.12.2019 am depus la ONFR Anexele revizuite/actualizate.

Așadar, teza primei instanțe în sensul că perioada mai - decembrie 2019 ar fi fost cumva irosită de este doar o mostră de ignoranță asupra normelor legale care reglementează omologarea ramelor feroviare, izvorâtă din încercarea de a invoca argumente pe cont propriu în favoarea contestatoarelor.

Această perioadă este cea care a dus la clarificarea temei de proiectare și a capturării cerințelor, astfel încât calendarul prezentat de drept răspuns la solicitarea ARF confirmă și din această perspectiva caracterul concludent al răspunsului.

În sfârșit, chiar dacă s-ar face abstracție de toate cele de mai sus, recurențele consideră că au oferit un răspuns concludent privind respectarea termenului de livrare ofertate prin îndeplinirea rigorii de probațiune impuse expres de Decizie nr. 2153/2019, anume prezentarea demersurilor de autorizare ale unui tert realizate într-o perioadă similară.

Pentru a ocoli și acest aspect, Tribunalul București a recurs la o nouă argumentație nelegală:

"[Înscrisurile] privesc doar vehicule diesel, nu electrice, iar contractul de certificare STI pentru proiectul DMU/EMU din a avut ca obiect, așa cum rezultă și din titlu, locomotive diesel și locomotive/trenuri electrice. În plus, în ceea ce privește dovada datei la care au fost obținute autorizările trenurilor vândute în tribunalul a constatat că pe aceste înscrisuri nu există date de corespondență cu certificatele emise la data de 12.05.2017, astfel că acestea nu pot fi socotite ca înlocuindu-le pe cele din 2017, iar acestea din urmă au ca obiect al evaluării doar sistemul de management al calității pentru producția materialului rulant al subsistemului, obiect diferit de materialul rulant al subsistemului Unitate multiplă pentru pasageri Diesel, menționat în certificatele emise în anul 2019, pentru locomotive diesel, nicidecum electrice. Prin urmare, pârâta a făcut dovada faptului obținerii într-o perioadă de 50 de luni a unui certificat de verificare CE doar pentru locomotivă Diesel, deși s-a solicitat și certificarea unor rame locomotive electrice."

Și de această dată, prima instanță a realizat o evidentă necercetare a fondului, refuzând efectiv să lectureze explicațiile detaliate oferite în răspunsul la clarificări dat de

Acest aspect a dus la aplicarea greșită a sancțiunii legale prevăzute de art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016, atrăgând incidența motivelor de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 6 și pct. 8 c. pr. civ.

Conform prevederilor Directivei 2008/57/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 17 iunie 2008 privind interoperabilitatea sistemului feroviar în Comunitate (art. 17, 18, 22 alin 2 lit. a) și a Deciziei Comisiei nr. 2010/713/UE din 9 noiembrie 2010 privind modulele pentru procedurile de evaluare a conformității și a adecvării pentru utilizare, precum și de verificare CE care trebuie utilizate în specificațiile tehnice de interoperabilitate adoptate în temeiul Directivei 2008/57/CE a Parlamentului European și a Consiliului (art. 6), certificarea conformității unui vehicul feroviar cu Specificațiile Tehnice de Interoperabilitate (STI) relevante se face prin/după parcurgerea (cu succes) a procesului/procedurilor prevăzute(e) în modulele selectate de către producător.

În cazul în speță a optat pentru modulele (pentru faza de proiectare) și subsecvent (pentru faza de fabricație), identic cu opțiunea recurentei. Parcurgerea cu succes a procedurilor prevăzute în modulele respective este statuata prin eliberarea Certificatului de Examinare de Tip (pentru modulul și subsecvent a certificatului de Aprobare a sistemului de Management a Calității și a Certificatului de Verificare CE (pentru modulul

Astfel după cum a arătat pe larg în răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 22/443/20.12.2019, terțul a încheiat la data de 20.10.2014 Contractul de Consultanță cu TUV Rheinland pentru obținerea certificării UE, iar la data de 12.05.2017 a obținut certificarea, afirmație în susținerea căreia a prezentat Certificatul

Întrucât forma Certificatului prezentat are cenzurat/blurat numele deținătorului, a prezentat suplimentar două revizii ale unor alte certificate, necenzurate (disponibile din surse publice - site ERA), respectiv Certificatul de Examinare de tip nr. și Certificatul de Verificare CE nr. (Modul În cadrul acestor alte certificate numele deținătorului este vizibil în clar - rolul lor era acela ca autoritatea contractantă să analizeze numărul de înregistrare al Certificatelor, să identifice codul specific operatorului respectiv codul și să facă corelarea cu certificatele eliberate în data de 12.05.2017.

Astfel, ARF a putut identifica - prin codul - faptul că certificatele eliberate în 12.05.2017 aparțin Deținătorul a putut fi astfel identificat în acest fel fără a se încălca confidențialitatea documentelor. Aceste certificate nu sunt publice, fiind anexate doar ultima formă revizuită a acestora.

Citind aceste considerente, Tribunalul București a considerat - neverosimil – că pârătele ar fi susținut că certificatele din 2018 l-ar "înlocui" pe cel din 2017, și s-a raportat la acest argument (inexistent) pentru a reține un caracter neconcludent al răspunsului

"Tribunalul a constatat că pe aceste înscrisuri nu există date de corespondență cu certificatele emise la data de 12.05.2017, astfel că acestea nu pot fi socotite ca înlocuindu-le pe cele din 2017 [...]".

În acest mod, favorizând din nou vădit interesele contestatoarelor, prima instanță a utilizat considerente absolut străine de pricină, refuzând să cerceteze fondul apărărilor pârâtelor.

Totodată, Tribunalul București a susținut că dovada termenului de livrare în care s-a încadrat un terț a privit "obținerea unui certificat de verificare CE doar pentru locomotivă Diesel, deși s-a solicitat și certificarea unor rame/locomotive electrice".

Încă o dată, prima instanță a inventat rigori străine de cele solicitate de autoritatea contractantă/Decizia CNSC nr. 2153/2019. O astfel de distincție, anume că dovada omologării CE ar trebui să privească doar rame electrice, nu și Diesel, nu a fost făcută nicidecum de Decizia CNSC nr. 2153/2019: ""Modalitatea în care ofertantul în cauză, sau orice alt ofertant aflat în aceeași situație, ar putea dovedi măcar posibilitatea încadrării în termenele asumate este, în opinia Consiliului, prezentarea unor precedente, a unor exemple anterioare în care producători de material rulant destinat transportului feroviar din afara UE, au reușit implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate, obținerea tuturor avizelor și livrarea primului produs omologat într-un termen atât de scurt de la semnarea contractului, un termen care să nu fie neapărat de 18 luni (cel asumat de dar cel puțin apropiat de acesta, 20, 22 sau 24 luni.".

La fel, solicitarea de clarificări a ARF nr. 22/443/20.12.2019 a privit expres un exemplu similar privind o ramă feroviară electrică sau diesel: "în acest sens veți proba cele menționate, în ofertă și în calendarul anterior precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute anterior, de dumneavoastră sau de un alt producător de la o autoritate în domeniu recunoscuta de Agenția Uniunii Europene pentru Căi Ferate (ERA), după finalizarea cu succes a demersurilor respective, pentru un material rulant similar, EMU sau DMU."

Prin urmare, prezentarea unei exemple de omologare CE a unei rame diesel răspunde concludent solicitării de clarificări (a cărei legalitate este consolidată). Decizând în sens contrar, prima instanță a realizat o nouă aplicare greșită a art. 134 alin. (5) al H.G. nr. 395/2016

De altfel, ar fi complet irelevant pentru durata unei proceduri de omologare CE dacă rama feroviară obiect al omologării este electrică sau diesel.

Toate aspectele de mai sus dovedesc faptul că prima instanță a realizat o evaluare complet nelegală a concludenței răspunsului la clarificări al față de solicitările ARF privind termenul de livrare. Incidența art. 488 alin. (1) pct. 5, pct. 6 și pct. 8 C. pr. civ. atrag necesitatea casării Sentinței recurate și rejudecării cauzei.

4. Prima instanță a admis în mod nelegal contestația privind prețul aparent nejustificat de scăzut al ofertei încălcând flagrant autoritatea de lucru judecat a deciziei civile nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

Prin contestația ce a făcut obiectul dosarului conex nr. 4032/3/2020, a formulat critici împotriva prețului ofertei

A arătat în fața primei instanțe că aceste critici reprezintă o reluare a celor din contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 2023/C10/2019 (depusă în Anexa nr. 2 a întâmpinării), soluționată prin Decizia CNSC nr. 2153/2019, menținută prin Decizia civilă nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

În acest sens, în cadrul contestației din dosarul nr. 2023/C10/2019, a invocat:

a) Secțiunea 3.3. - "Consumul de energie electrică propus de nu este posibil din punct de vedere tehnic potrivit tehnologiilor existente"

b) Secțiunea 3.5 - "Propunerea financiară a este neobișnuit de scăzută și nu poate fi fundamentată".

c) Secțiunea 3.7 - "Comisia de evaluare nu a pus în aplicare Instrucțiunile Comisiei Europene privind evaluarea ofertanților din țări terțe UE"

Or, dacă aceste argumente ale au făcut parte din investirea instanței care s-a pronunțat prin Decizia CNSC nr. 2153/2019, este evident că ele nu mai puteau fi repuse în discuție și pe calea unei contestații la modalitatea de punere în aplicare a acestei Decizii.

Cu toate acestea, ignorând complet motivarea Deciziei civile nr. 348/2020 a Curții de Apel București, Tribunalul București a judecat din nou un argument deja tranșat și l-a admis în mod neverosimil:

"prețurile menționate în contracte aflate în bibl. nr. 6 documente confidențiale, unul, de ex., cu un beneficiar din Argentina nu sunt mai mari decât cele oferite în prezenta procedură de achiziție, însă există o diferență de peste 30 % între prețul oferit de și prețul celorlalte două ofertante, acestea din urmă ofertând prețuri cu o diferență între ele de aprox.

De asemenea, pârâta a recunoscut că firma mamă, primește subvenții de la statul acest fapt fiind menționat și în rapoartele financiare publice afișate pe site-ul , astfel că această pârâtă beneficiază de un ajutor de stat, fiind aplicabile, prin urmare, prevederile art. 210 al. 5 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă trebuia să observe acest fapt și să solicite clarificările menționate în art. 210 al. 2 lit. b și f din lege, prin care să demonstreze că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal."

Conduita judecătorului reprezintă un abuz flagrant - aceleași argumente fuseseră respinse cu putere de lucru judecat de Decizia civilă nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

În motivarea acestei Decizii, Curtea de Apel București a arătat:

Prin urmare, respingerea unei oferte pentru că ar prezenta un preț neobișnuit de scăzut se realizează atunci când ofertantul în cauză nu justifică costurile aparent neobișnuit de scăzute, astfel că există un risc major ca ofertantul să nu poată executa contractul sau să îl execute necorespunzător.

Argumentele invocate de petenta în justificarea prețului neobișnuit de scăzut al ofertei nu se referă la capacitatea de a executa contractul la prețul oferit, ci la cu totul alte chestiuni legate de primirea unor subvenții de la statul unde își are sediul acest operator economic și care ar favoriza

Prin urmare, argumentele invocate în plângerea nu susțin critica acestei petente privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei

De altfel, pentru a dovedi prețul aparent neobișnuit de scăzut al ofertei și necesitatea solicitării de clarificări (ci nu în mod direct respingerea ofertei ca fiind neconformă), ar fi trebuit să prezinte informații din care să rezulte că prețurile unor trenuri similare sunt mult mai mici decât prețul oferit de

Nu astfel de informații a invocat ci a făcut o serie de presupuneri nedovedite privind primirea unor ajutoare de către de la statul care ar distorsiona concurența și ar favoriza

Referitor la acest aspect, Curtea mai reține că autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile egalității de tratament și nediscriminării cu ocazia derulării prezentei proceduri, ceea ce presupune că toate ofertele să fie evaluate cu respectarea aceluiași reguli, inclusiv în ceea ce privește justificarea prețului oferit. Respectarea acestor principii nu presupune însă și faptul că autoritatea contractantă ar avea obligația de a face analize complexe și de a strânge probe cu privire la condițiile de funcționare a diverselor piețe pe care funcționează operatorii economici, astfel încât să concluzioneze că nu poate primi o ofertă al unui producător dintr-un alt stat decât Uniunea Europeană, pentru că ar fi fost distorsionată concurența.

Referitor la acest aspect, Curtea reține că, în esență, criticile din plângerea sunt similare cu criticile din plângerea astfel că motivele reținute mai sus de instanță cu ocazia analizei plângerii sunt valabile și în cazul plângerii

Suprapunerea dintre motivarea Deciziei civile nr. 348/2020 și cea a Sentinței recurate dovedește soluționarea aceluiași aspecte.

În acest condiții, este evidentă incidența motivului de casare prevăzut de art. 488 alin. (1) pct. 7 C. pr. civ. - "Casarea unor hotărâri se poate cere [...] 7. când s-a încălcat autoritatea de lucru judecat".

Conduita șocantă a Tribunalului București e demonstrată de faptul că această instanță pur și simplu contrazice expres statuările unei hotărâri definitive:

a) Afirmațiile contestatoarelor privind pretinsul _____ ce ar fi fost primit de _____ au fost respinse pe larg de Decizia nr. 348/2020. Ignorând cu totul această argumentare, Sentința recurată procedează exact în sens opus, admițând susținerea repetată a contestatoarelor.

b) Decizia nr. 348/2020 a respins ca nerelevante susținerile contestatoarelor privind diferența de preț între rama ofertată de recurente și rama ofertată de _____ arătând că prevederile art. 136 alin. (1) al H.G. nr. 395/2016 impun dovedirea unei discordanțe față de prețul pieței, nu de cel al unui anume competitor. Ignorând cu totul această argumentare, Sentința recurată procedează exact în sens opus.

În acest context, _____ se prevalează expres de autoritatea de lucru judecat a Deciziei civile nr. 348/2020 a Curții de Apel București, fiind inadmisibil a se repune în discuție chestiuni tranșate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Temeiul legal al obligației unei instanțe de a respecta caracterul de lucru judecat al unei hotărâri judecătorești definitive anterioare este oferit de art. 431 C. pr. Civ.

În același sens s-a pronunțat și practica recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție: „Deși impropriu se face referire și distincție în motivele de recurs între autoritatea de lucru judecat (care ar corespunde exclusivității hotărârii, adică efectului negativ al lucrului judecat) și puterea lucrului judecat (care ar corespunde incontestabilității), în fapt se urmărește punerea în valoare a funcției normative a lucrului judecat. Într-adevăr, așa cum corect susține recurentul, ceea ce s-a tranșat jurisdicțional într-un proces, nu poate fi combătut într-o judecată ulterioară de părțile procesului inițial [...]” (Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, Decizia nr. 2379/16.03.2011).

Chiar dacă am face abstracție de prevederile legale sus citate, existența lucrului judecat ar lega oricum instanța ulterior investită de raționamentul exhibit în hotărârea rămasă definitivă. Aceasta întrucât, potrivit principiului res judicata pro veritate habetur, o hotărâre definitivă este prezumată a exprima adevărul, neputând fi contrazisă de o hotărâre ulterioară. În același sens, instanța supremă a arătat că „principiul puterii lucrului judecat împiedică nu numai judecarea din nou a unui proces terminat, [...] ci și contrazicerea între două hotărâri judecătorești, adică infirmarea constatărilor făcute într-o hotărâre judecătorească definitivă printr-o altă hotărâre judecătorească posterioară, dată în alt proces ”.

Tribunalul București nu a fost investit cu o cale de atac extraordinară împotriva unei hotărâri judecătorești definitive - unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice care prevede inter alia că instanțele de judecată să nu pronunțe soluții diferite cu privire la aceeași problemă de fund.

Dacă am face abstracție în ipoteza de evidență încălcare a autorității de lucru judecat, și am permite rejudecarea unei spețe deja soluționate, Sentința recurată a realizat oricum o greșită aplicare a legii, atrăgând incidența art. 488 alin. (1) pct. 8 C. pr. civ.

Așa cum arătase și Curtea de Apel București, susținerile _____ nu s-au raportat la prevederile legale aplicabile. Potrivit dispozițiilor art. 136 alin. (1) din Hotărârea de Guvern nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice („HG nr. 395/2016”) „în situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta

în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire."

Fără a exista o definiție legală a noțiunii de preț neobișnuit de scăzut, normele legale identifică totuși criterii în funcție de care acesta poate fi identificat. În același sens se pronunță și instanțele europene, afirmând că „noțiunea „ofertă anormal de mică” nu este definită nici în dispozițiile Regulamentului financiar, nici în cele ale Regulamentului de punere în aplicare. Cu toate acestea, potrivit jurisprudenței, caracterul anormal de scăzut al unei oferte trebuie să fie apreciat în raport cu compoziția ofertei și în raport cu prestația în cauză (Hotărârea din 28 ianuarie 2016, Agriconsulting Europe/Comisia, T-570/13, EU:T:2016:40, punctul 55). "

De asemenea, Curtea reține faptul că „în lipsa unei definiții a noțiunii „ofertă anormal de mică” sau în lipsa de la articolul 139 alineatul (1) sau de la articolul 146 alineatul (4) din Regulamentul nr. 2342/2002 a unor norme care să permită identificarea unei asemenea oferte, revine autorității contractante atribuția de a stabili metoda utilizată pentru identificarea ofertelor anormal de mici (a se vedea prin analogie Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 49 și jurisprudența citată), cu condiția ca această metodă să fie obiectivă și nediscriminatorie (a se vedea prin analogie Hotărârea din 27 noiembrie 2001, punctele 68 și 69)."

Raportat la prețul ofertei depuse de asociere, diferența dintre prețul propus de [] și prețul oferit de cei doi competitori este una de aproximativ 12,9% comparativ cu oferta depusă de [] respectiv de 11,2% față de prețul propus de []

Prin urmare diferența procentuală între oferte nu este una nejustificată. De asemenea, valoarea propusă de recurente reprezintă 86% din valoarea minimă indicată în fișa de date, în condițiile în care toate cele 3 oferte au avut valori inferioare prețului minim prevăzut de autoritatea contractantă.

După cum se reține și în jurisprudență „[c]e/e reținute de Consiliu în sensul că prețul nu este neobișnuit de scăzut conform art. 202 din ordonanță sunt pe deplin întemeiate, în condițiile în care prețul ofertei câștigătoare este cu doar 16% mai mic decât cel oferit de petentă și reprezintă peste 60% din valoarea estimată a contractului. "

Așadar, teza contestatoarei, anume că analiza prețului ofertei trebuie efectuată în funcție de diversele componente ale acesteia, nu are temei legal. Totodată, o astfel de teză este contrazisă chiar de oferta [] - făcând același calcul matematic în ceea ce privește costurile de mentenanță al ramelor rezultă că prețul oferit de [] este cu 28,99%% mai mic decât cel al asocierii.

Încă o dată, contestatoarea folosește o serie de informații lipsite de legătura cu speța în speranța de a da o aparență de legalitate pretențiilor sale.

În consolidarea celor de mai sus, [] a depus în probațiune 3 contracte de livrare deja semnate, în care prețul pe vagon este similar cu cel oferit în cadrul acestei proceduri (a se vedea Anexa nr. 3 a întâmpinării din dosarul nr. 4032/3/2020). Astfel:

a) prețul pe vagon (fără TVA) oferit de [] în cadrul prezentei proceduri este de []

b) Contractul încheiat de [] prevede un preț mai mic/vagon (fără TVA), anume de [] (conversia în lei fiind realizată la cursul BNR din 25.02.2020).

c) Contractul încheiat de [] prevede un preț mai mic/vagon (fără TVA), anume de [] (conversia în lei fiind realizată la cursul BNR din 25.02.2020).

d) Contractul încheiat de [] prevede un preț asemănător/vagon (fără TVA), anume de [] (conversia în lei fiind realizată la cursul BNR din 25.02.2020). Prețul se află în marja celui oferit în prezenta

procedură, fiind un pic mai ridicat urmare a dotărilor suplimentare solicitate de orașul

Această probațiune a dovedit încă o dată caracterul pur formal, speculativ al criticilor care în realitate dorește să obțină un contract din bani publici pentru o ofertă cu mai scumpă fără a dispune de temeiuri legale.

La fel, teza că ar fi "recunoscut" că ar fi beneficiara unor ajutoare de stat este complet lipsită de fundament, reprezentând un considerent străin de natura pricinii.

nu a probat în niciun mod că ar obține ajutoare de stat din partea De altfel, nici nu ar putea procura o astfel de probă, întrucât, după cum a arătat în repetate rânduri, în mod obiectiv nu a fost beneficiară unor asemenea ajutoare de

Din cuprinsul raportului financiar exhibit de contestatoare și preluat cu grabă de Sentința recurată (deși fusese deja evaluat ca nerelevant de Curtea de Apel București) nu rezultă nicidecum că ar acorda ajutoare de Raportul financiar depus de contestatoare nici măcar nu aparține

Mai mult decât atât, raportul respectiv indică faptul că societatea mamă ar fi beneficiat de subvenții guvernamentale, iar nu de ajutoare de stat. Or, în calitate de societate care face parte din grupul , nu a primit astfel de fonduri din partea societății mamă

De altfel, chiar trecând peste toate aceste aspecte, speculațiile primei instanțe nu sunt de plano apte pentru a demonstra că pretinsul "ajutor de stat" ar fi fost acordat în mod nelegal, pentru a atrage incidența art. 210 alin. (5) al Legii nr. 98/2016.

Potrivit acestor dispoziții „[a]tunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.”

Premisa aplicabilității acestei norme este ca pe de o parte (i) prețul să fie neobișnuit de scăzut și (ii) ajutorul de stat să fie acordat în mod nelegal. Or, Sentința recurată nu a evaluat conform normelor legale îndeplinirea niciuneia dintre cele două condiții în vederea aplicabilității acestei norme.

5. Prima instanță a dispus, în mod nelegal, anularea procedurii.

Recurente consideră măsura anulării procedurii ca fiind afectată de mai multe motive de casare.

În primul rând, instanța a acordat altceva decât s-a cerut întrucât a soluționat prioritar un capăt de cerere subsidiar, omițând să îl soluționeze pe cel principal.

O astfel de conduită prezintă:

a) O încălcare a principiului disponibilității procesuale prevăzut de art. 9 alin. (2) C. pr. civ. "obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților.". Nimic nu îi permitea judecătorului fondului să reformuleze o cerere subsidiară într-o cerere principală - dimpotrivă, el era ținut să analizeze cu prioritate cererea principală, și doar în ipoteza respingerii ei, pe cea subsidiară.

b) O încălcare a limitelor investiției instanței, întrucât - în absența unei dispoziții de respingere a cererii principale - aceasta nu era investită cu soluționarea unei cereri de anulare a procedurii.

Prevederile art. 26 alin. (2) ale Legii nr. 101/2016 privind contestația pe cale jurisdicțională - aplicabile în mod analog și în materia contestației judiciare - prevăd în mod expres necesitatea respectării principiului disponibilității în soluționarea unui demers litigios:

"(2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte; [...]
c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat."

În al doilea rând, motivarea deciziei de anulare a procedurii nu respectă evident rigorile Legii nr. 101/2016. Astfel, potrivit art. 50 alin. (8) al Legii nr. 101/2016, "în soluționarea contestației, instanța examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat."

Or, dincolo de lipsa de temei legal a raționamentului său de fond, Sentința recurată nu argumentează în niciun mod de ce nu ar fi posibilă remedierea actului atacat - a contestat în cadrul dosarului nr. 2036/3/2020 actul prin care ARF a stabilit metodologia de urmat în solicitarea de clarificări privind consumul de energie, potrivit Deciziei CNSC nr. 2153/2019, anume procesul verbal ARF nr. 22/09/13.01.2020.

Așadar, dacă am accepta raționamentul (flagrant nelegal) al Tribunalului București potrivit căruia metodologia nou impusă de calcul al consumului mediu de energie ar fi abuzivă, această premisă conducea la necesitatea anulării procesului verbal ARF nr. 22/09/13.01.2020, nicidecum a întregii procedurii.

Cele de mai sus dovedesc incidența de plano a temeiurilor de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 5, pct. 6 C. pr. civ. asupra unui raționament (din nou) straniu al primei instanțe.

Pe de altă parte, încă o dată, dispoziția Sentinței recurate de anulare a procedurii încalcă autoritatea de lucru judecat a Deciziei civile nr. 348/16.03.2020 a Curții de Apel București. Prin această hotărâre definitivă, Curtea a respins plângerea împotriva Deciziei CNSC nr. 2153/2019, prin care se arătase:

„După stabilirea acestei unice metode/algorithm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte.

[...] în aprecierea Consiliului, o decizie de anulare a procedurii în temeiul prevederilor legale sus amintite ar fi excesivă, în speță fiind posibilă remedierea conform celor stabilite de Consiliu." (fila nr. 259)

Prin urmare, în procedură este stabilit cu putere de lucru judecat că:

a) Autoritatea contractantă avea obligația să impună o unică metodă de calcul, în care să fie introduși parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți.

b) Nelegalitatea unei anume metodologii de calcul nu poate atrage anularea procedurii, ci doar remedierea respectivei metodologii.

Cele de mai sus dovedesc că raționamentul Sentinței recurate atrage incidența motivului de casare impus de art. 488 alin. (1) pct. 7, prin încălcarea autorității de lucru judecat.

În primul rând, această casare este impusă de faptul că este deja lucru judecat că neregularitatea unei anume metodologii de calcul nu poate atrage anularea procedurii.

Însă, mai important, raționamentul de fond prin care prima instanță a constatat o nelegalitate a solicitării de clarificări asupra consumului de energie face abstracție în integralitate de Decizia CNSC nr. 2153/2019, menținută prin hotărârea definitivă a Curții:

a) Prin Decizia nr. 2153/2019, Consiliul a dispus stabilire unei unice metode de calcul, urmată de "introducerea parametrilor proprii prezentați de cei trei ofertanți".

b) Sentința recurată consideră că nelegalitatea solicitării de clarificări/evaluării consumului de energie rezultă din faptul că "prin solicitarea de clarificări dispuse prin procesul verbal contestat le-au fost comunicate ofertanților detaliile celor două rute (pante, curbe și parametrii acestora), stațiile și timpii de parcurs între stații, urmând ca aceștia să

comunica consumul de energie, la fel ca anterior deciziei CNSC, fără să se fi făcut referire și la caracteristicile/puterea/performanțele sistemului de propulsie".

Raționamentul este vădit nelegal - "caracteristicile/puterea/performanțele sistemului de propulsie" sunt tocmai "parametrii proprii" - în sensul Deciziei CNSC nr. 2153/2019 - ce diferențiază un ofertant de altul. Este hilar a se pretinde că autoritatea contractantă ar putea să definească în mod egal și obligatoriu pentru niște competitori care ar fi caracteristicile și performanțele trenurilor oferite de fiecare dintre aceștia. Susținerea contrară reprezintă o încălcare evidentă a fundamentului Legii nr. 98/2016, definit de art. 50 alin. (1) - "Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței."

În mod evident, autoritatea nu se poate substitui ofertantului pentru a stabili care sunt detaliile tehnice ale ofertei - respectând întru totul considerentele Deciziei CNSC nr. 2153/2019, ARF a stabilit o metodologie unică de calcul. Variabilele ce țin de performanțele trenului oferit nu vor putea fi niciodată dictate de autoritate care evaluează licitația.

Caracterul neverosimil al unui asemenea raționament simplist al unei instanțe de judecată este dat și de faptul că, potrivit documentației de atribuire, costul consumului de energie este factor de evaluare. Prin urmare, a pretinde o nelegalitate din faptul că autoritatea a permis o diferențiere a punctării factorului de evaluare în funcție de performanțele trenului oferit de fiecare competitor reprezintă o negare a prevederilor art. 187 alin. (5) al Legii nr. 98/2016: "(5) Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;"

Așadar, Tribunalul București a anulat o procedură de atribuire de pretinzând încălcarea legii prin faptul că autoritatea nu le-a dictat ofertanților performanțele propriilor trenuri.

O asemenea decizie reprezintă o mostră elocventă a modului în care această instanță a înțeles și aplicat legislația achizițiilor publice.

Cele de mai sus dovedesc cu claritate incidența motivelor de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) pct. 7 și pct. 8 C. pr. civ.

Pentru a își susține acest raționament vădit nelegal, Sentința recurată mai invocă adiacent și faptul că "aceste consumuri medii de energie electrică ale primilor doi clasați sunt superioare cu aprox 10 % față de consumul mediu indicat în studiul de piață invocat de către reclamanta și necontestat de către celelalte părți (4,2-4,3 kwh/km), spre deosebire de consumul indicat de către acesta reclamantă care se situează la limita de sus a acestuia".

În primul rând, această observație nu reprezintă în vreun mod un temei de nelegalitate. Ea nu atrage incidența vreunei norme legale de interdicție - faptul că a indicat un studiu de piață unde se face referire la un consum cu nu atrage în vreun mod imposibilitatea atingerii unui consum inferior de către un alt ofertant.

În realitate, acest studiu nu a rămas "necontestat" (afirmație repetitivă a judecătorului fondului pentru a inversa sarcina probei). Dimpotrivă, calculul privind consumul de energie conține rezultate similar cu cel al

Astfel, pentru ambele rute pentru care a fost determinat consumul mediu, valorile (i) consumului mediu calculat în regim de ventilație, respectiv cele privind (ii) consumul mediu măsurat declarat de sunt similare, deoarece:

- a stocat energia recuperată din frânare și a utilizat-o pentru serviciile auxiliare, ceea ce face ca valorile măsurate să se apropie de valorile calculate de

Pe calea ferată din România gestionarul de infrastructură, CFR S.A., nu deține o normă tehnică care să îi permită introducerea energiei recuperată din frânarea trenurilor de

construcție recentă în rețeaua electrică de contact (catenară). Deoarece gestionarul de infrastructură, CFR S.A nu recuperează energia rezultată din frânarea trenurilor dotate cu frână recuperativă și deci nu scade din factură contravaloarea acesteia, operatorii deținători de astfel de material rulant, între care și [redacted], sunt îndreptățiți să recupereze această energie, să o stocheze și să o reutilizeze pe propriul material rulant pentru serviciile auxiliare. Din această rezultă că cifrele comunicate de [redacted] sunt calculate pornind de la o ecuație diferită, care nu tine cont de energia recuperată. Dacă acest factor ar fi luat în considerare, valorile de consum ale [redacted] ar fi similare până aproape de identitate.

- regimul de funcționare al instalației de climatizare de pe trenurile [redacted] a fost preponderent regimul de ventilație.

- diferențele dintre consumul mediu măsurat declarat de [redacted] și consumul mediu calculat în regim de ventilație se explică prin faptul că - în condițiile de temperatură exterioară în care s-au măsurat valorile consumului [redacted] - instalația de climatizare aferentă a lucrat un timp limitat (dependent de temperatura variabilă din timpul măsurătorilor) și în regimurile de încălzire și de răcire, care comportă un consum suplimentar de energie față de regimul de ventilație.

În ceea ce privește referința Sentinței la faptul că experții cooptați au arătat că consumurile declarate de ofertanți nu pot fi verificate în practică, acest lucru este evident pentru orice achiziție de rame feroviare care presupune proiectare. Aceasta nu implică în niciun mod că evaluarea consumului de energie nu poate fi realizată pe baza metodologiei stabilite - altminteri, în viziunea Tribunalului București, o licitație privind achiziția de rame feroviare care presupune proiectare ar fi imposibil a fi vreodată ținută.

Așadar, pentru a anula procedura de atribuire, Sentința recurată a atras incidența patru norme de casare distincte (art. 488 alin. (1) pct. 5-8 C. pr. Civ.).

Și sub acest aspect, ca și în privința tuturor celorlalte dezlegări superficiale ale primei instanțe, se impune casarea Sentinței recurate și rejudecarea cauzei.

Sentința recurată abundă de încălcări ale legii, atât în privința normelor imperative de procedură, cât și a celor de drept material. Modul în care judecătorul fondului a soluționat atribuirea unui contract cu valoare estimată de până la [redacted] este evident nelegal - acest abuz privește desigur și soluția de anulare a procedurii, însă o nelegalitate mai flagrantă și mai gravă este cea dată de admiterea contestațiilor împotriva concluziei răspunsurilor date de [redacted] în reevaluare. În acest mod, în baza unor susțineri fără acoperire legală, prima instanță a deschis în mod abuziv calea pentru atribuirea unui contract unor oferte cu [redacted] mai scumpe decât cea a ofertantului admisibil și câștigător.

Aceste aspecte, pe larg detaliate mai sus, impun casarea Sentinței recurate și, în rejudecare, respingerea demersurilor [redacted] (în principal, ca inadmisibil, în subsidiar ca nefondat) și

Prin recursul formulat de reclamanta [redacted] s-a solicitat modificarea în parte a sentinței nr. 1935/12.06.2020 , respectiv să fie înlăturată măsura anulării și să se dispună obligarea Autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Recurenta invocă dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 8 Cod proc. civ. coroborate cu dispozițiile art. 50 alin (8) lit. c) din Legea nr. 101/2016 și susține că s-a produs o interpretare și aplicare greșită a normelor de drept material care reglementează posibilitatea de anulare a Procedurii de atribuire.

Consideră că este posibilă salvagardarea Procedurii de atribuire prin remedierea actului atacat (adică anularea clarificării adresate ofertanților cu privire la consumului de energie electrică mediu / km), Autoritatea contractantă urmând a fi obligată la stabilirea unui mod de calcul unic, predictibil și aflat în deplin acord cu finalitatea demersului de evaluare.

Decizia de anulare a Procedurii de atribuire se impune a fi modificată, respectiv înlocuită cu dispoziția de stabilire a unui mod de calcul al consumului de energie care să fie predictibil, unitar și eficient, respectiv prin referirea la standardul european care, în materia consumului de energie, definește atât parametri cât și metodologia unitară de urmat.

Succinte considerații privind posibilitatea de anulare a unei proceduri de atribuire:

Dispozițiile legale și extrasele jurisprudențiale care prezintă relevanță din perspectiva unei decizii de anulare a procedurii de atribuire sunt următoarele:

- Art. 50 alin. (8) lit. c) din Legea nr. 101/2016, care prevede că "în soluționarea contestației, instanța examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate: [...] c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat".

- Art. 212 din Legea nr. 98/2016, care prevede cazurile în care se poate dispune măsura de anulare a procedurii de atribuire, respectiv:

"(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);"

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

- Extrase jurisprudențiale:

"Din analiza normelor juridice anterioare, Consiliul apreciază că legiuitorul a dorit, în mod explicit, ca finalizarea procedurii de atribuire să se facă prin încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului cadru; anularea procedurii de atribuire fiind posibilă numai în condițiile prevăzute la art. 209 din OUG nr. 34/2006, în baza unei justificări temeinice (...). De altfel, Consiliul apreciază că raționamentul său este confirmat chiar de autoritatea contractantă care, în cuprinsul punctului de vedere, înregistrat la CNSC sub nr. 3073/30.01.2014, consideră că aceasta anulare este „oportună și pertinentă, deoarece reflectă necesitatea autorității contractante”; noțiuni care, în opinia Consiliului, nu pot fi corelate cu cea de anulare pe cale de excepție, prevăzută la art. 93 alin. (2) din HG nr. 925/2006, nefiind de natură a justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire. Față de cele de mai sus, apreciind că, prin anularea procedurii de atribuire fără o justificare temeinică, autoritatea contractantă a încălcat principiul eficienței utilizării fondurilor și pe cel al asumării răspunderii, statuate la art. 2 alin. (2) lit.f) și g) din ordonanța de urgență, Consiliul, în baza în

baza art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..."24

„Din considerentele deciziei contestate reiese că situația avută în vedere de intimată, atunci când a dispus anularea procedurii, nu se înscrie în prevederile art. 209. Prin urmare, în lipsa unuia dintre cazurile de excepție care să justifice anularea procedurii, devine aplicabilă regula prevăzută de art. 204 din același act normativ, care instituie obligația autorității contractante la încheierea contractului de achiziție publică. Concret, Consiliul a reținut că aspectele invocate de autoritatea contractantă nu constituie abateri grave de la prevederile legale care să afecteze procedura de atribuire și nici nu pot influența ierarhia ofertelor, astfel cum a fost stabilită prin raportul procedurii. Cu toate acestea, Consiliul nu a dus raționamentul său până la ultimele consecințe, apreciind că cererea petentei privind obligarea intimătei la încheierea contractului este prematură, măsura de remediere adecvată fiind, în opinia sa, reevaluarea ofertei. Or, în condițiile în care, așa cum reiese din motivarea deciziei, neregularitățile invocate de intimată, în cazul în care aceasta există, nu afectează procedura de atribuire și nici nu pot conduce la modalitatea ierarhiei stabilite prin raportul procedurii de atribuire, singurul remediu care se impune este obligarea intimătei la încheierea contractului de achiziției, în condițiile art. 204 din ordonanță”.

În considerarea lor, se impun următoarele concluzii:

- Decizia de anulare a unei proceduri de atribuire are un caracter excepțional; ea poate fi dispusă numai atunci când remedierea respectivei proceduri nu mai este posibilă, ca ultim remediu, nicidecum alternativ unei soluții de reevaluare posibil a fi dispusă, cu avantajul salvagărdării acesteia;

- Eficienta utilizare a fondurilor publice se opune unei decizii de anulare a procedurii de atribuire; resursele angrenate de către autoritate și operatorii implicați vor fi fost inefficient consumate atât timp cât, în locul unei reevaluări clare și lipsite de echivoc, se preferă soluția de anulare a procedurii de atribuire. Mai mult, celeritatea proprie materiei conduce la identificarea acelei soluții apte să ofere o finalizare cât mai rapidă a demersului de atribuire; anularea procedurii de atribuire nu servește nici scopului autorității inițitoare, nici celui propriu ofertanților care, deși ar avea posibilitatea de a participa din nou cu prilejul unei eventuale reluări, vor fi pierdut resurse semnificative cu prilejul pregătirii ofertei, clarificărilor și demersurilor de contestare deja parcurse.

În speță, instanța a fost investită cu anularea clarificării transmise de către Autoritatea contractantă în scopul stabilirii unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu / km, iar nu cu anularea Procedurii înseși; măsura dispusă este disproporționată în raport cu toate celelalte constatări și remedii posibil a fi aplicate.

Prin contestațiile promovate, atât _____ au argumentat faptul că Autoritatea contractantă a procedat la completarea documentației de atribuire într-o manieră incorectă și ambiguă în privința modalității de declarare și analiză a consumului de energie, respectiv au arătat că:

(a) Prin Decizia CNSC s-a dispus obligarea Autorității contractante la stabilirea unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, în condițiile stabilite de cap. 3.27 pct. 11.7 din Caietul de sarcini. În aplicarea Deciziei CNSC, ARF a transmis solicitarea de clarificare contestată _____, prin care i s-a solicitat completarea Tabelelor de calcul privind consumul de energie electrică. Mențiunea privind acest demers se regăsește și în secțiunea finală a procesului-verbal contestat.

(b) Completarea Documentației de atribuire s-a dispus de către Autoritatea contractantă printr-o manieră incorectă și ambiguă raportat la următoarele aspecte:

- Erorile flagrante strecurate în solicitarea de clarificare. La o simplă verificare a textului propriu- zis al clarificării transmise de către ARF reiese că tabelele indicate și documentele necesar a fi completate conțin valori greșite și nefundamentate, imposibil de avut

în vedere la determinarea consumului de energie electrică. Exemple în acest sens sunt timpii de parcurs pe inter-stațiile Breaza hc - Nistorești h, c Sinaia - Poiana Țapului hc, Nistorești hc - Breaza hc.

- Lipsa de predictibilitate a modalității în care valorile indicate urmează a fi procesate de ARF.

Fără a pune la dispoziția ofertanților modalitatea în care valorile indicate urmează a fi utilizate și prelucrate de către ARF, valorile medii au devenit complet impredictibile, aflate la dispoziția discreționară a ARF. Solicitarea de clarificare nu oferă niciun indiciu cu privire la ce, exact, urmează a face ARF valorilor solicitate, cum le va prelucra, interpreta și transforma în valori medii, comparabile între ofertanți. Desigur că procedând astfel, înțelegem că se confirmă implicit faptul că acest indicator nu e un factor de evaluare (ar fi absurd ca valorile aferente factorilor de evaluare să fie lăsați la determinarea exclusivă și arbitrară a ARF). Acest demers demonstrează, odată în plus, superficialitatea în abordare, lipsa de profesionalism și graba cu care ARF pretinde că realizează o evaluare de asemenea importanță;

- Autoritatea contractantă nu a impus o metodologie de calcul nouă, astfel cum a fost s-a solicitat prin Decizia CNSC. Prin transmiterea Tabelelor de calcul, Autoritatea contractantă a solicitat ofertanților doar un mod de prezentare nou, fără a impune în acest sens și o metodologie de calcul. Mai mult, prin Solicitarea de clarificare nu s-a făcut nici măcar trimitere la un standard/normativ de calcul acceptat în practica feroviară, valorile declarate rămânând la latitudinea ofertanților fără ca Autoritatea contractantă să aibă o posibilitate de verificare a acestora.

- Diferențe semnificative față de Documentația de atribuire definitivă și aplicabilă la momentul depunerii ofertelor se produc astfel. În urma analizei Solicitării de clarificare, a Tabelelor de calcul și anexelor aferente se pot constata diferențe semnificative în raport de cerințele Caietului de sarcini și informațiile oferite de ARF la momentul depunerii ofertelor. Aceste diferențe constatate reprezintă, în realitate, o modificare a Documentației de atribuire. În acest sens, arătăm că, față de Documentația de atribuire se constată următoarele diferențe:

- A fost solicitat calculul energetic pentru un nou mod de funcționare pentru ventilație;
- Numărul de opriri (stații) este mai mare pentru ambele secții, cu impact în consumul energetic al serviciilor auxiliare;

- Timpii de parcurs pe inter-stații, indicați în documentele nou primite sunt sensibili mai mari, permițând respectarea timpilor de mers fără atingerea vitezei maxime, cu impact în consumul energetic de tracțiune; și

- Consumul energetic este solicitat pentru fiecare inter-stație și mod de funcționare.

Raportat la considerentele sintetic expuse mai sus, recurenta-reclamantă a argumentat că acest consum de energie și necesitatea reindicării lui reprezintă un element tehnic de detaliu care trebuie analizat, particularizat și confirmat de către fiecare dintre participanții la procedură. Simplele declarații oportuniste și insuficient fundamentate tehnic nu au decât meritul de a crea confuzie și a induce superficialitatea demersului de atribuire. Acesta a fost, probabil, motivul pentru care CNSC a dispus reevaluarea (și) pentru fundamentarea acestei componente a ofertei; din păcate, demersul ARF nu face altceva decât să îl lipsească de conținut, importanță și utilitate, dovedindu-se, încă o dată, superficial.

Instanța a găsit întemeiate susținerile reținând că, într-adevăr, față de modalitatea de formulare a întrebării de clarificare, adresate ofertanților în reevaluare, cu privire la consumul de energie, "remediarea procesului-verbal nr. 22/41/05.02.2020 de evaluare a propunerilor financiare presupune verificarea consumurilor de energie electrică, fapt imposibil".

Totuși, soluția corectă necesar a fi dispusă în condițiile date nu era anularea întregii Proceduri de atribuire, ci exclusiv a clarificărilor emise de către ARF cu prilejul punerii în aplicare a Deciziei CNSC în partea care vizează consumul de energie. Practic, instanța a găsit

întemeiate criticile privind întrebarea de clarificare privind consumul de energie, însă a dispus anularea Procedurii de atribuire tocmai în considerarea răspunsurilor oferite în temeiul acestei întrebări contestate când, de fapt, se impunea doar anularea clarificărilor și obligarea ARF să stabilească un mod de calcul al consumului de energie unitar. Raționamentul nu se justifică a fi menținut atât timp cât există posibilitatea salvagădării Procedurii de atribuire prin obligarea ARF ca, în reevaluare, să stabilească o modalitate de raportare a acestui consum de energie care să fie predictibilă, standardizată, unitară și verificabilă, iar nu aleatorie și arbitrară. În acest sens, indică faptul că există un standard european aplicabil în materia consumului de energie care poate fi avut în vedere pentru definirea acestui consum într-un mod unitar, predictibil și corect, respectiv standardul CENELEC EN 5059128.

Solicită, aşadar, modificarea Sentinței atacate doar în partea care vizează decizia de anulare a Procedurii de atribuire, măsură disproporționată în raport cu toate constatările instanței, care poate fi eficient înlocuită cu stabilirea obligației ARF la determinarea unui algoritm corect, unitar și echitabil de calcul a acestui indicator: consumul de energie; desigur că, în considerarea tuturor aspectelor necontestate, conținute în Sentința recurată, solicită ca ARF să fie obligat și la reevaluarea ofertei în sensul respingerii ca neconforme a acesteia potrivit deviațiilor confirmate, fără dubiu, de către instanța de fond.

Prin întâmpinarea depusă de intimata-reclamantă a fost invocată excepția tardivității recursului formulat de recurenta-pârâtă Autoritatea pentru Reformă Feroviară.

În susținerea excepției, intimata-reclamantă arată că ARF nu se poate prevala de dispozițiile art. 457 alin. 2 din Codul de procedură civilă întrucât nu se poate face abstracție de prevederile art. 186 alin. 1 din Codul de procedură civilă, astfel că recurenta trebuia să facă dovada unor motive temeinic justificate pentru care a depășit termenul.

Mai arată că ARF este o autoritate contractantă care nu se află pentru prima oară într-o procedură de contestare a documentelor achiziției publice, nefiind prezumat faptul că nu ar cunoaște prevederile legislației în materie.

În cauză au fost depuse **întâmpinări de către** , prin care s-a solicitat respingerea recursurilor declarate de recurente-pârâte, precum și **de către**

prin care s-a solicitat respingerea tuturor recursurilor declarate în cauză, al căror conținut nu va mai fi redat în considerentele prezentei decizii, având în vedere prevederile art. 499 din Codul de procedură civilă potrivit cărora “prin derogare de la prevederile art. 425 alin. (1) lit. b), hotărârea instanței de recurs va cuprinde în considerente numai motivele de casare invocate și analiza acestora, arătându-se de ce s-au admis ori, după caz, s-au respins”.

Analizând cu prioritate excepția tardivității recursului formulat de recurenta-pârâtă Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Curtea o apreciază ca neîntemeiată având în vedere următoarele:

Termenul legal pentru declararea recursului este cel prev. de art. 51 alin. 3 din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia “hotărârea poate fi atacată cu recurs, în termen de 10 zile de la comunicare”.

În cazul de față, sentința recurată a fost comunicată recurentei-pârâte Autoritatea pentru Reformă Feroviară la data de 06.07.2020, iar recursul a fost transmis prin mail către Tribunalul București la data de 21.07.2020, adică în a 15-a zi de la comunicare.

Cu toate că nu a fost respectat termenul de 10 zile de la comunicare prev. de art. 51 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, Curtea apreciază că nu se impune respingerea recursului, ca tardiv formulat, întrucât este aplicabil cazul de repunere în termen din oficiu prev. de art. 457 alin. 2 teza a II-a din Codul de procedură civilă.

Potrivit acestei prevederi “indicarea în mod greșit de către instanță a termenului pentru exercitarea căii de atac constituie cauză de repunere în termen din oficiu a căii de atac exercitate cu respectarea indicației greșite a instanței”.

Rezultă din această prevedere specială că în cazul în care instanța de judecată indică în mod greșit termenul pentru exercitarea căii de atac, instanța care soluționează calea de atac este obligată să repună partea care s-a conformat acestui termen în termenul de declarare a căii de atac.

Este vorba de un caz legal de repunere în termen, astfel că instanța verifică doar dacă sunt îndeplinite cerințele legale, neputând înlătura de la aplicare textul legal în baza unor aprecieri legate de alte aspecte pe care le prezintă situația concretă dedusă judecății.

Curtea constată că, în cazul de față, sunt îndeplinite cerințele prev. de art. 457 alin. 2 teza a II-a din Codul de procedură civilă întrucât în sentința recurată a fost indicat termenul de declarare a recursului ca fiind de 15 zile de la comunicare, în loc de 10 zile de la comunicare, cât prevedea art. 51 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, iar termenul greșit indicat de instanță a fost respectat de către recurenta-pârâtă Autoritatea pentru Reformă Feroviară.

Prin urmare, constatând că operează repunerea din oficiu a recurentei în termenul de declarare a recursului, Curtea va respinge excepția tardivității recursului formulat de recurenta-pârâtă Autoritatea pentru Reformă Feroviară.

În ceea ce privește aspectele de fond ale recursurilor declarate în cauză, Curtea constată și reține următoarele:

Prin **recursul formulat de recurentele-pârâte**

împotriva încheierii din 27.05.2020 a fost criticată soluția primei instanțe de respingere a excepției inadmisibilității contestației formulate de reclamanta pentru neconstituirea cauțiunii.

În motivarea recursului, recurentele au invocat cazurile de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 4 și 5 din Codul de procedură civilă potrivit cărora:

“Casarea unor hotărâri se poate cere numai pentru următoarele motive de nelegalitate: (...)

4. când instanța a depășit atribuțiile puterii judecătorești;

5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității”.

Recurentele susțin că, prin respingerea excepției inadmisibilității, în condițiile în care cauțiunea nu a fost consemnată de ci de către o altă societate, prima instanță s-a substituit legiuitorului și a înlăturat de la aplicare prevederile art. 61 indice 1 alin. 1 ale Legii nr. 101/2016, pe care le-a și aplicat greșit întrucât sancțiunea inadmisibilității nu era condiționată de dovedirea unei vătămări.

Curtea reține că potrivit art. 61 indice 1 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 “pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sau art. 49, sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie în prealabil o cauțiune stabilită după cum urmează: (...)”.

În cauză, reclamanta a atașat contestației recipisa de consemnare nr. 206027049/1 din 16.01.2020 în care se menționează că suma de 220.000 lei a fost depusă de pe seama și la dispoziția Tribunalului București reprezentând contestație procedură de atribuire anunț participare nr. 1010410/03.04.2019.

Prima instanță a apreciat că, prin depunerea acestei recipise, reclamanta a făcut dovada îndeplinirii obligației de consemnare a cauțiunii întrucât este menționată instanța și numărul anunțului de participare, iar consemnarea de către o altă societate nu cauzează nici un fel de vătămare vreuneia dintre părți. De asemenea, a menționat și că admiterea excepției inadmisibilității ar fi de un formalism excesiv.

Curtea apreciază că prin această motivare instanța de fond nu a înlăturat de la aplicare prevederile art. 61 indice 1 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, cum susțin recurentele

, ci a considerat că a fost îndeplinită cerința plății cauțiuni, în interpretarea dată textului de lege de către prima instanță.

Prin urmare, nu este vorba despre o depășire a atribuțiilor puterii judecătorești, ci de exercitarea competenței instanțelor de a interpreta și aplica prevederile legale.

Curtea mai reține că prevederea cuprinsă în art. 61 indice 1 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 precizează persoana căreia îi revine obligația de a consemna cauțiunea, adică debitorul acestei obligații, dar acest lucru nu înseamnă că executarea acestei obligații trebuie făcută doar de către această persoană, ci, din contră, orice persoană poate să consemneze cauțiunea pentru debitorul obligației.

Curtea apreciază că referirile primei instanțe la lipsa vreunei vătămări și la faptul că admiterea excepției ar fi rezultatul unui formalism excesiv sunt corecte și nu reprezintă motive pentru a înlătura de la aplicare un text legal sau adăugarea unei condiții suplimentare pentru aplicarea nulității din materia contenciosului administrativ, ci sunt doar argumente care justifică netemeinicia interpretării restrictive dată de către recurențele-pârâte

și prevederilor art. 61 indice 1 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Curtea reține că nu sunt întemeiate criticile recurentelor-pârâte referitoare la soluția primei instanțe de respingere a excepției inadmisibilității contestației astfel că va respinge recursul formulat împotriva încheierii din 27.05.2020.

În continuare, Curtea va analiza criticile aduse sentinței nr. 1935/12.06.2020 prin **recursurile formulate de Autoritatea pentru Reformă Feroviară, respectiv**

În ceea ce privește îndeplinirea de către oferta depusă de **a cerinței prev. de art. 1.2 din caietul de sarcini privind ofertarea unui vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare)**, Curtea reține următoarele:

Recurențele au invocat, în principal, motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 5 și 6 din Codul de procedură civilă, și anume;

“5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității;

6. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei”.

În argumentarea acestor motive de casare, recurențele susțin că motivele pentru care prima instanță a apreciat că oferta depusă de

nu îndeplinea cerința privind designul dovedit (verificat în exploatare) nu au fost invocate prin contestațiile ci sunt motive pe care instanța și le-a invocat singură, fără a le pune în discuția părților și fără a respecta dreptul la apărare al pârâtelor.

Verificând susținerile recurentelor, Curtea constată că prima instanță a considerat că oferta depusă de nu îndeplinea cerința prev. de art. 1.2 din caietul de sarcini privind ofertarea unui vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) pentru motivele precizate în paragrafele a sentinței recurate în care se menționează următoarele:

„În ceea ce privește contractele de furnizare a trenurilor ce conțin designul pe care se bazează modelul ofertat din analiza înscrisurilor aflate la f. bibliorafatul nr. 3 documente confidențiale, tribunalul a constatat că aceste contracte poartă denumirea modelul este datele încheierii acestora

sunt

Deși în toate aceste contracte, figurează cumpărător certificatele de performanță referitoare la contractele mai sus menționate sunt emise de către o altă entitate decât cumpărătorul, respectiv

astfel că, există o neconcordanță între cumpărător și emitentul certificatului, acesta din urmă făcând referire, în certificatele emise, la contracte, ca și cum el le-ar fi încheiat în calitate de cumpărător.

În plus, aceste entități economice, din datele disponibile publicului, rezultă că aparțin statului (de altfel, nici pârâta nu a susținut contrariul în combaterea argumentelor reclamantelor referitoare la ajutoarele de care beneficiază societatea astfel că nu se poate susține în mod rezonabil că o societate aparținând aceluiași proprietar ar fi un terț față de o altă societate a aceluiași în raporturile acesteia cu o a treia entitate, ci că raporturile dintre acestea sunt asemănătoare subsidiarelor (entități cu aceeași societate mamă). În concluzie, aceste documente nu emană de la terțe părți astfel că, având în vedere și considerentele referitoare la lipsa identității dintre cumpărător și declarant, tribunalul a apreciat că analiza făcută de către pârâta autoritate contractantă este superficială și eronată, întrucât aceste înscrisuri nu sunt apte să dovedească caracteristica verificării în exploatare în ultimii 5 ani a ramei pe care se bazează vehiculul propus”.

Rezultă din considerentele de mai sus că prima instanță a considerat că ofertantul nu a dovedit condiția ca designul să fie verificat în exploatare întrucât certificatele de performanță ale trenurilor sunt emise de către altă entitate decât cumpărătorul, iar toate entitățile implicate în respectivele tranzacții aparțin statului documentele nefiind astfel emise de terțe părți.

Verificând contestațiile adresate de către Tribunalul București, Curtea nu a regăsit în cuprinsul acestora invocarea de către reclamante a vreunui dintre motivele de mai sus pentru care prima instanță a considerat că oferta depusă de nu îndeplinea cerința privind designul dovedit (verificat în exploatare).

Curtea reține că, nici măcar, prin motive redate la modul general, reclamantele nu au invocat faptul că modelul de tren nu ar fi fost produs de către sau nu ar fi fost verificat în exploatare, ci criticile reclamantelor se referă, în principal, la caracteristicile acestui model de tren care nu ar fi corespunzătoare cu modelul de tren solicitat prin documentația de atribuire.

Singurul argument care are o oarecare legătură cu motivele reținute de prima instanță este cel din contestația în care se arată că unele dintre contractele de furnizare și două certificate de performanță ar aparține unui alt operator economic, să facă dovada că are dreptul de a folosi designul aflat în proprietatea

Acest aspect invocat în contestația se referă la cu totul alte înscrisuri decât cele analizate de instanța de fond, iar raționamentul este diferit decât cel reținut de prima instanță, astfel că nu se poate aprecia că argumentele instanței de fond se referă la această critică din contestația

Prin urmare, Curtea apreciază că sunt întemeiate criticile invocate de către recurente Autoritatea pentru Reformă Feroviară, respectiv referitoare la faptul că instanța de fond a apreciat că oferta depusă de nu îndeplinea cerința privind designul dovedit (verificat în exploatare) pe baza unor motive care nu au fost invocate prin contestațiile

Procedând în acest mod, Curtea reține că prima instanță a încălcat mai multe principii ale procesului civil a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității, și anume principiul contradictorialității reglementat de art. 14 din Codul de procedură civilă, principiul dreptului la apărare reglementat de art. 13 din Codul de procedură civilă, principiul legalității reglementat de art. 7 din Codul de procedură civilă, principiul dreptului la un proces echitabil reglementat de art. 6 alin. 1 din Codul de procedură civilă și art. 6 alin. 1 din CEDO, precum și principiul disponibilității reglementat de art. 9 alin. 2 din Codul de procedură civilă.

Faptul că înscrisurile analizate de către instanța de fond sunt înscrisuri declarate confidențiale de [redacted] și pe care reclamantele nu le cunoșteau nu reprezintă un argument întemeiat pentru a permite instanței să încalce principiile procesului civil enunțate mai sus, care rămân aplicabile și în această situație, neexistând vreo reglementare derogatorie în acest sens.

De asemenea, întrucât motivele avute în vedere de prima instanță nu se regăsesc printre criticile formulate prin contestațiile [redacted] acestea sunt și străine de natura cauzei.

Prin urmare, sunt întemeiate motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 5 și 6 din Codul de procedură civilă, ceea ce atarge, potrivit art. 498 alin. 1 din Codul de procedură civilă și art. 51 alin. 5 din Legea nr. 101/2016 (forma în vigoare la momentul declanșării litigiului – ianuarie 2020), casarea sentinței recurate, sub aspectul în discuție, și rejudecarea cauzei de către instanța de recurs.

În ceea ce privește aspectele din contestațiile [redacted] care urmează a fi analizate de către instanța de recurs în rejudecare, Curtea reține că acestea sunt doar cele care nu au fost respinse de către prima instanță, întrucât cele respinse nu au fost criticate prin recursurile formulate în cauză, astfel că au dobândit putere de lucru judecat.

Aceste critici respinse de prima instanță sunt cele privind înțelesul sintagmei „vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare) și care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini”, precum și cele privind conformitatea ramei de tren invocată drept bază a vehiculului propus și cele referitoare la depășirea limitelor reevaluării și depunerea de noi documente, critici pe care prima instanță le-a apreciat ca fiind tranșate prin Decizia CNSC nr. 2153 și Decizia CAB nr. 348/16.03.2020.

În rejudecarea celorlalte critici formulate prin contestațiile referitoare la îndeplinirea de către oferta depusă de [redacted]

a cerinței prev. de art. 1.2 din caietul de sarcini privind ofertarea unui vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare), Curtea reține următoarele:

Reclamanta [redacted] susține că rama electrică de tip [redacted] nu corespunde deloc „cerințelor specificate în caietul de sarcini” existând diferențe majore referitoare la numărul de vagoane, la platforma de referință, la amplasarea diferită a echipamentelor gabaritice, la accelerație, înălțimea și lățimea caroseriei.

La rândul ei, reclamanta [redacted] susține că designul trenului [redacted] este complet diferit de specificațiile impuse prin caietul de sarcini, nu este în exploatare pe o rețea europeană și nu este omologat și autorizat potrivit legislației și standardelor europene inclusiv sub aspectul Standardelor Tehnice de Interoperabilitate.

Reclamanta [redacted] mai susține că trenul [redacted] invocat de către [redacted] are nevoie de modificări substanțiale ale caroseriei pentru a putea îndeplini cerințele caietului de sarcini întrucât are o podea mai înaltă și complet diferită (1250 mm față de 550 mm), înălțimea designului este considerabil diferită (3405 mm față de 3860 mm), iar caroseria este mai îngustă cu 440 mm.

Susținerile reclamantelor [redacted] sunt neîntemeiate întrucât, astfel cum s-a reținut cu putere de lucru judecat prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019 și Decizia Curții de Apel București nr. 348/16.03.2020

pronunțată în dosarul nr. 7092/2/2019, trenul pe al cărui design se bazează produsul oferat nu trebuie să îndeplinească toate cerințele prevăzute în caietul de sarcini pentru produsul oferat și care urmează a fi realizat, ci doar trebuie să fie verificat în exploatare.

Prin urmare, este suficient ca designul trenului indicat de ofertant ca bază a produsului care urmează a fi proiectat și realizat să îndeplinească doar anumite specificații esențiale, a căror lipsă determină imposibilitatea obiectivă de realizare a produsului oferat.

Astfel de specificații au fost identificate corect de către autoritatea contractantă în adresele prin care a solicitat clarificării ofertantului în sensul că trenul pe al cărui design se bazează produsul oferat trebuie să aibă o ramă electrică cu pantograf, vehiculul propus să fie utilizat pe calea ferată cu ecartament normal de 1.435 mm, să fie utilizat pentru transportul regional și/sau suburban, să fie capabil să atingă o viteză maximă de 160 km/h, să aibă dimensiuni sau capacități de locuri pentru călători similare cu cele oferate și să aibă cel puțin 160.000 kilometri efectuați anual.

Curtea reține că nu există probe la dosar care să dovedească faptul că diferențele invocate în contestațiile ar face imposibilă realizarea proiectului oferat de pe baza designului menționat în răspunsul la clarificări, în condițiile în care acesta respectă toate cerințele esențiale menționate de autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări nr. 22/426/11.12.2019.

De altfel, interpretarea pe care contestatoarele o fac cerinței ca vehiculul oferat să se bazeze pe un design dovedit (verificat în exploatare) depășește sensul temenilor utilizați în redactarea acestei cerințe și adaugă condiții suplimentare neprecizate în cuprinsul documentației de atribuire.

Reclamanta mai susține că unele dintre contractele de furnizare și două certificate de performanță ar aparține unui alt operator economic, să facă dovada că are dreptul de a folosi designul aflat în proprietatea

Susținerea este nefondată întrucât documentele la care face referire reclamanta au fost depuse de ofertantul pentru a dovedi celălalt aspect pentru care s-a solicitat clarificări (termenul de 18 luni pentru livrarea primei rame), în timp ce, pentru aspectul de față, ofertantul a depus documente în care vânzător este recurenta-pârâtă din cauza de față,

Față de cele arătate mai sus, Curtea, în rejudecare, va respinge, ca nefondate, contestațiile referitoare la îndeplinirea de către oferta depusă de a cerinței prev. de art. 1.2 din caietul de sarcini privind ofertarea unui vehicul bazat pe un design dovedit (verificat în exploatare).

În ceea ce privește justificarea de către oferta depusă de a termenului de în ofertă pentru livrarea primei rame, Curtea reține următoarele:

Recurente au invocat motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 5, 6 și 8 din Codul de procedură civilă și anume;

“5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității;

6. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei; (...)

8. când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material”.

În argumentarea acestor motive, recurente au susținut, în esență că:

- prima instanță a inversat sarcina probei, reținând o serie de afirmații neprobate ale reclamantelor și pentru care sarcina probei le revenea conform art. 249 din Codul de procedură civilă;

- a invocat pe cont propriu considerente ce nu au fost invocate de contestatoare, considerente ce nu au fost puse în discuția părților și care sunt străine de natura cauzei;
- nu a analizat explicațiile oferite de ofertantul

în răspunsul la clarificări;

- a aplicat greșit prevederile art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016.

Examinând considerentele sentinței recurate cu privire la capacitatea

de a livra prima ramă în termenul de 18 luni precizat în ofertă, Curtea constată că instanța de fond, în loc să analizeze criticile din contestațiile formulate de reclamantele aduse actelor autorității contractante în raport de prevederile documentației de atribuire, de cele reținute cu privire la acest aspect prin deciziile CNSC și CAB anterioare, de conținutul solicitărilor de clarificări, de răspunsurile ofertantului de documentele depuse de acesta și de prevederile legale aplicabile, printre care în mod evident erau aplicabile prevederile art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016, prima instanță doar preia unele dintre argumentele reclamantelor, fără a indica probele pe care se sprijină, nu analizează explicațiile și aprecierile autorității contractante și aduce și o serie de argumente care nu au fost invocate de contestatoare și nu au fost puse în discuția părților.

În aceste condiții, Curtea apreciază că, și în acest caz, se regăsesc motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 5 și 6 din Codul de procedură civilă, situația, deși mai complexă, fiind similară cu situația anterioară, ceea ce atrage casarea sentinței recurate cu reținerea spre rejudecare a cauzei în ceea ce privește criticile formulate prin contestațiile referitoare la justificarea de către oferta depusă de

a termenului de precizat în ofertă pentru livrarea primei rame.

În rejudecare, Curtea reține următoarele:

În cuprinsul documentației de atribuire este prevăzut termenul pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR ca fiind unul dintre factorii de evaluare cu o pondere de 3%.

Ofertantul

a declarat în

ofertă un termen de 18 luni pentru livrarea primei rame.

Prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019, menținută prin Decizia Curții de Apel București nr. 348/16.03.2020 pronunțată în dosarul nr. 7092/2/2019, s-a dispus, în sarcina comisiei de evaluare, sa-i solicite ofertantului un calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes, conform motivării.

În motivarea deciziei, CNSC a reținut următoarele.

„Consiliul apreciază ca implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate impuse prin actele normative UE într-un timp atât de scurt, obținerea autorizației de tip A vehiculului și a autorizației de introducere pe piață a vehiculului în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al CE într-un timp atât de scurt, îndeplinirea cerinței prevăzută la pct. 3.18.1 din caietul de sarcini (prin care s-a impus ca sistemele de siguranță ale produselor să fie ETCS nivel 2 împreună cu un modul suplimentar denumit STM pentru compatibilitatea cu sistemul național de protecție induși) într-un timp atât de scurt, nu pot fi pur și simplu asumate.

Contestatorul a prezentat calcule credibile care arată ca, și în cel mai optimist scenariu, timpul care i-ar rămâne operatorului economic pentru realizarea efectivă a produsului ar fi de cea 1,5 luni (cu totul insuficient), motiv pentru care, sub acest aspect, Consiliul nu poate considera ca sunt formulate critici pur speculative.

Modalitatea în care ofertantul în cauză, sau orice alt ofertant aflat în aceeași situație, ar putea dovedi macar posibilitatea încadrării în termenele asumate este, în opinia Consiliului,

prezentarea unor precedente, a unor exemple anterioare în care producători de material rulant destinat transportului feroviar din afara UE, au reușit implementarea tuturor standardelor de interoperabilitate, obținerea tuturor avizelor și livrarea primului produs omologat într-un termen atât de scurt de la semnarea contractului, un termen care să nu fie neapărat 18 luni (cel ales de dar cel puțin apropiat de acesta, 20, 22 sau 24 luni”.

În aplicarea deciziei CNSC, autoritatea contractantă a emis adresa nr. 22/426/11.12.2019 prin care a solicitat ofertantului să prezinte, „având în vedere termenul de 18 luni oferit pentru livrarea primei RE-R, un calendar realist privind:

- a. implementarea standardelor de interoperabilitate;
- b. obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii.

Printre altele, acest calendar va include o prezentare detaliată a modului concret în care vor fi obținute următoarele documente:

- i. documentația de omologare / agrementare tehnică / autorizare de tip și autorizare de introducere pe piață conform Regulamentului (UE) 2018 / 545;
- ii. protocoale de probe finale (inclusiv proba de parcurs);
- iii. autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului conform capitolului 1.5 din caietul de sarcini.

Modul concret de obținere va include o prezentare a demersurilor necesare, inclusiv, pentru punctele "i" și "iii", organismele/autoritățile la care intenționați să vă adresați pentru obținerea autorizațiilor respective.

În acest sens veți proba cele menționate, în ofertă și în calendarul anterior precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute anterior, de dumneavoastră sau de un alt producător de la o autoritate în domeniu recunoscută de Agenția Uniunii Europene pentru Căi Ferate (ERA), după finalizarea cu succes a demersurilor respective, pentru un produs feroviar similar (material rulant de călători”.

Ulterior, prin adresa nr. 22/443/20.12.2019, autoritatea contractantă a revenit cu solicitarea de fi prezentate, până la date de 30.12.2019:

„un calendar realist privind: a. implementarea standardelor de interoperabilitate; b. obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii.

În acest sens, veți proba cele menționate, în ofertă și în calendarul anterior precizat, prin prezentarea documentelor doveditoare obținute anterior, de dumneavoastră sau de un alt producător de la o autoritate în domeniu recunoscută de Agenția Uniunii europene pentru Căi Ferate (ERA), după finalizarea cu succes a demersurilor respective, pentru un material rulant similar, EMU sau DMU”.

Ofertantul a răspuns la data 30.12.2019 prezentând un calendar privind implementarea standardelor de interoperabilitate și obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii. De asemenea a depus documente referitoare la încheierea unui acord contractual cu pentru obținerea de autorizații vehicule feroviare, la depunerea unei cereri pentru certificare inițială la ARF și la obținerea unor

Prin Procesul verbal nr. 22/06/13.01.2020, Comisia de evaluare a constatat în urma analizei calendarului și documentelor prezentate de că din acestea „rezultă fără dubii că ofertantul va fi capabil să respecte termenul oferit pentru livrarea primei RE-R, de 18 luni de la semnarea contractului”.

Prin contestația se arată că autoritatea contractantă a extras din documentele o serie de informații complet nerelevante: o istorie a participărilor la licitații, fără ca să semneze vreun contract, diverse contracte de consultanță, demersuri întreprinse de alte entități, vizite organizate de pentru ca reprezentații

Curtea reține că aceste informații nu au fost singurele care au justificat decizia autorității contractante, astfel că ele nu trebuie analizate izolat, ci în contextul tuturor informațiilor și explicațiilor prezentate de . Prin urmare, chiar dacă ele nu pot justifica singure capacitatea de a respecta termenul de 18 luni, totuși ele vin să întărească celelalte documente depuse de . De asemenea, aceste informații nu sunt complet nerelevante, cum consideră , ci au relevanță întrucât din ele rezultă că are cunoștință despre piața trenurilor din Uniunea Europeană, despre termenele în care ar putea obține autorizațiile necesare și vin să susțină și faptul că a demarat deja demersuri pentru obținerea unor astfel de autorizații.

De altfel, chiar prin Decizia CNSC pusă în aplicare de autoritatea contractantă i s-a impus să solicite depunerea unui calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes, adică tocmai ce autoritatea contractantă a solicitat prin adresele de clarificare, iar a depus prin răspunsul din 30.12.2019.

Se mai susține de către că autoritatea contractantă ar fi reinterpretat favorizant decizia CNSC, întrucât precedentele trebuiau să se refere la implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii într-un termen de 18 luni de la semnarea contractului, ci nu 29 de luni, cât a reținut autoritatea contractantă pentru cazul prezentat al

Susținerea este neîntemeiată întrucât există o diferență între termenul declarat de pentru livrarea primei rame care este de 18 luni, și termenul la care trebuie să se refere precedentul și care privește perioada în care un alt operator a reușit implementarea standardelor de interoperabilitate și obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii.

Aceasta deoarece, ofertantul a declarat și chiar a făcut dovada că a început demersurile necesare pentru implementarea standardelor de interoperabilitate și obținerea autorizațiilor și avizelor obligatorii, în acest sens, deosebit de relevant fiind încheierea contractului din 20.05.2019 cu și depunerea cererii de eliberare a autorizației de punere în funcțiune la aceeași dată. Din acestea rezultă că, anterior formulării ofertei, ofertatul începuse demersurile pentru obținerea autorizațiilor necesare, astfel că nu trebuie avută în vedere, prin raportare la precedentul invocat de doar perioada de 18 luni de la încheierea contractului, ci și perioada anterioară, începând cu perioada în care a demarat demersurile respective și perioada derulării procedurii de atribuire, care poate fi estimată la un termen destul de mare față de complexitatea procedurii.

Reclamanta susține că în cazul a fost nevoie de 4 ani pentru obținerea certificării, însă din certificatele depuse de rezultă că certificarea s-a obținut la 12.05.2017, ci nu la 14.12.2018, cum susține eronat pe baza unor mențiuni din certificatele revizuite și în care nu este menționată data inițială a certificării.

Între data încheierii contractului de certificare dintre care este 20.10.2014 și data obținerii certificării 12.05.2017 au trecut aproape 31 de luni, ceva mai mult decât cele 29 de luni aproximative de către autoritatea contractantă, însă aceasta nu influențează concluzia corectă a autorității contractante, întrucât diferența este nesemnificativă pentru aprecierea capacității ofertantului de a respecta termenul ofertat de 18 luni de la încheierea contractului, la care se adaugă și perioada anterioară încheierii contractului și care poate fi estimată la mai mult de 13 luni, în condițiile în care deja a demarat procedurile pentru obținerea certificărilor și trebuie luată în considerare și durata estimată pentru finalizarea procedurii de atribuire.

O altă critică invocată de se referă la neluarea în considerare a echipării trenurilor cu sistemul ETCS nivel 2 care trebuie să conlucreze cu sistemul STM.

Critica nu este însoțită de referiri concrete la normative aplicabile sau probe din care să rezulte că acest aspect ar duce la prelungirea obținerii autorizațiilor necesare astfel încât nu s-ar mai putea încadra în termenul de 18 luni.

Reclamanta face apoi o serie de afirmații, care sunt pure speculații nesustținute de vreo probă, multe dintre ele depășind chestiunile pentru care CNSC a dispus reevaluarea ofertei pe baza cărora concluzionează că nu ar putea respecta termenul de 18 luni asumat pentru livrarea primei rame și calendarul precizat în răspunsul la solicitările de clarificări ale autorității contractante.

Curtea reține că nu există nici o probă care să susțină afirmațiile ofertantului răspunzând clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă în mod concludent și înlăturând suspiciunile reținute de CNSC prin decizia anterioară, prin depunerea chiar a documentelor invocate de CNSC: calendar realist privind implementarea standardelor de interoperabilitate, a obținerii autorizațiilor și avizelor obligatorii, probat pe prezentarea unor demersuri anterioare similare finalizate cu succes.

În ceea ce privește probele administrate privind stadiul soluționării cererii de eliberare autorizație de punere în funcțiune adresată de către AFR, Curtea reține că privesc aspecte ulterioare răspunsului dat la solicitarea de clarificări a autorității contractante, astfel că din aceste informații nu se poate trage concluzia neconcludenței răspunsurilor

Curtea reține că aspectul principal pentru chestiunea în discuție este reprezentat de faptul că, la momentul întocmirii și depunerii ofertei, ofertantul avea încheiat un contract pentru obținerea autorizației de punere în funcțiune care estima un termen de 25 luni, termen care era apropiat de termenul în care un alt operator economic din a obținut certificările în Uniunea Europeană, astfel că ofertarea de către a termenului de 18 luni pentru livrarea primei rame, a avut la bază date realiste, ci nu a fost vorba de ofertarea unui termen exclusiv din dorința operatorului economic de a obține punctajul acordat pentru acest factor de evaluare.

Referitor la faptul că, în cazul precedentului , ar fi fost vorba de un tren diesel, ci nu de un tren electric, Curtea reține, pe de o parte, că reclamantele nu au prezentat aspecte clare însoțite de prevederi din normativele europene din care să rezulte că certificarea pentru un tren electric necesită o perioadă mai lungă decât pentru un tren diesel, iar, pe de altă parte, prin solicitarea de clarificări nr. 22/443/20.12.2019, autoritatea contractantă a făcut referire expresă la un material rulant, similar, EMU sau DMU, astfel că prezentarea unei experiențe privind un tren diesel (DMU) nu poate fi reținută ca fiind neconcludentă, pentru a putea fi respinsă oferta ca inacceptabilă potrivit art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016.

În contestația se mai susține că ar fi prezentat aceleași informații referitoare la pretinse colaborări cu diverși parteneri, încheierea unor contracte de colaborare, întâlniri de lucru etc. în privința cărora deja CNSC s-ar fi pronunțat că sunt irelevante și pot fi luate în considerare doar precedente finalizate cu succes.

Susținerea este neîntemeiată întrucât singurul aspect analizat de CNSC s-a referit la faptul că nu este suficientă doar o declarație de asumare a termenului de către

Referitor la perioada în care a obținut certificarea în Uniunea Europeană, Curtea reține că există date în documentele prezentate de din care rezultă că încheierea contractului de certificare între s-a realizat la 20.10.2014, iar data obținerii certificării a fost de 12.05.2017.

Referitor la documentul eliberat de Ministerul de Transport din Curtea reține, pe de o parte, că nu conține date din care să rezulte că precedentul

este nereal, iar, pe de altă parte, termenul de cca 40 de luni nu se referă strict la obținerea agrementelor, ci include și perioada de realizare a design-ului trenului.

mai face referire la necesitatea realizării sistemului ATP care trebuie certificat STI, însă din chiar susținerile sale, care oricum conțin doar afirmații speculative nedovedite, rezultă că ar fi necesar un minimum de 30 de luni, iar, în condițiile în care, la termenul de execuție de 18 luni, se adaugă perioada derulării procedurii de atribuire, care este evident că va dura cel puțin 12 luni, și acest lucru putea fi estimat de la început, Curtea apreciază că aceste susțineri nu pun la îndoială caracterul realist al calendarului prezentat de

În concluzie, Curtea reține, că ofertantul

a justificat termenul de 18 luni precizat în ofertă pentru livrarea primei rame în conformitate cu cele dispuse prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019, criticile reclamantelor fiind neîntemeiate.

În ceea ce privește prețul neobișnuit de scăzut al ofertei depusă de

Curtea reține următoarele:

Recurentele invocă motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 7 și 8 din Codul de procedură civilă, și anume:

„7. când s-a încălcat autoritatea de lucru judecat;

8. când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material”.

Referitor la primul motiv de casare, recurentele susțin că argumentele invocate prin contestația și care au fost admise de instanța de fond sunt identice cu cele pe care le-a formulat în dosarul soluționat prin Decizia CNSC nr. 2153/2019, menținută prin Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

Din considerentele sentinței recurate rezultă că prima instanță a considerat că se poate pronunța asupra chestiunii prețului neobișnuit de scăzut întrucât CNSC a reținut că procedura de evaluare financiară a ofertelor nu era finalizată și că autoritatea contractantă ar avea obligația aplicării prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Curtea reține că, deși chestiunea evaluării financiare nu fusese finalizată, prima instanță nu putea reanaliza aspecte tranșate definitiv în procedura de contestare anterioară.

De asemenea, argumentul primei instanțe, preluat din contestația că CNSC ar fi dispus autorității contractante să facă aplicarea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, este nereal întrucât CNSC nu a dispus vreo astfel de măsură, ci, doar a precizat, la modul general, că în cazul ofertelor aparent neobișnuit de scăzute trebuie solicitate clarificări cu privire la prețurile sau costurile respective.

Verificând considerentele sentinței recurate referitoare la contestația privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei Curtea constată că prima instanță a reținut că oferta este mai mică cu 30% față de prețul celorlalte oferte și că beneficiază de astfel că erau aplicabile prevederile art. 210 alin. 5 din Legea nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă trebuia să ceară clarificări conform art. 210 alin. 2 lit. b și f din aceeași lege.

Aceste considerente ale primei instanțe contravin celor reținute prin Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București, care a respins ca nefondate, susținerile și implicit cele ale privind pretins primite de de la statul și pretinsa distorsionare a concurenței și care a reținut că, pentru dovedirea prețului aparent neobișnuit de scăzut, trebuiau prezentate informații din care să rezulte că prețurile unor trenuri similare sunt mult mai mici decât prețul ofertat de

Prin urmare, Curtea apreciază că sentința recurată, în partea referitoare la prețul neobișnuit de scăzut al ofertei depusă de

este dată cu încălcarea autorității de lucru judecat, fiind incident motivul de

casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 7 din Codul de procedură civilă, ceea ce atrage casarea sentinței recurate și rejudecarea contestației

În rejudecarea contestației, Curtea reține că criticile invocate de _____ fuseseră respinse definitiv în procedura anterioară de contestare și în condițiile în care, _____ nu a prezentat informații noi din care să rezulte că prețurile unor trenuri similare sunt mult mai mici decât prețul oferat de _____ nu se poate reține că oferta _____ are un preț neobișnuit de scăzut sau necesitatea solicitării de clarificări sub acest aspect.

De altfel, astfel cum susține corect ofertantul _____ potrivit art. 136 alin. 1 din HG nr. 395/2016 „În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”.

Curtea constată că, nu astfel de informații invocă reclamanta _____ ci face referiri doar la faptul că ofertantul este din _____ că are o ofertă mai mică decât ceilalți ofertanți și la chestiunea subvențiilor primite de la statul _____ și consecințele acestora privind concurența, chestiuni care, astfel cum s-a arătat mai sus, fuseseră deja tranșate prin Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

Prin urmare, Curtea apreciază că este neîntemeiată contestația _____ referitoare la prețul neobișnuit de scăzut al ofertei depusă de _____

În ceea ce privește evaluarea consumului de energie electrică și anularea procedurii:

Recurentele Autoritatea pentru Reformă Feroviară, _____ au invocat motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 5, 6, 7 și 8 din Codul de procedură civilă, iar recurenta _____ a invocat doar motivul de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 8 din Codul de procedură civilă.

Potrivit prevederilor invocate, “Casarea unor hotărâri se poate cere numai pentru următoarele motive de nelegalitate: (...)

“5. când, prin hotărârea dată, instanța a încălcat regulile de procedură a căror nerespectare atrage sancțiunea nulității;

6. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau când cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine de natura cauzei;

7. când s-a încălcat autoritatea de lucru judecat;

8. când hotărârea a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a normelor de drept material”.

Verificând considerentele primei instanțe privind chestiunea consumului de energie electrică și soluția de anulare a procedurii, Curtea reține că raționamentul instanței a fost următorul:

- nu a fost elaborată o metodologie unică de calcul, astfel cum dispusese anterior CNSC întrucât prin solicitarea de clarificări nu s-a făcut referire la caracteristicile/puterea/permanențele sistemului de propulsie;

- consumurile declarate de ofertanți nu pot fi verificate, ceea ce este contrar scopului procedurii de achiziție prev. de art. 2 alin.1 din Legea nr. 98/2016 de achiziție a unor bunuri în condiții de eficiență economică și socială;

- nu este posibilă remedierea actului atacat, astfel că se impune anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 50 alin. 8 din Legea nr. 101/2016.

Criticile recurentelor privind încălcarea regulilor de procedură sunt neîntemeiate întrucât prima instanță a analizat atât capătul principal privind anularea actelor contestate, cât

și cel subsidiar privind anularea procedurii de atribuire, stabilind, mai întâi că actele atacate sunt lovite de nulitate, iar apoi, apreciind că nu mai pot fi remediate, a dispus anularea procedurii de atribuire.

Faptul că nu a precizat expres că a dispus anularea actelor contestate și că a respins solicitările privind reevaluarea ofertelor, nu reprezintă o încălcare a procedurii de judecată întrucât aceste soluții rezultă implicit din soluția de anulare a procedurii de atribuire.

Recurente mai critică motivarea sentinței recurate despre care susțin că nu ar fi analizat toate cerințele prev. de art. 50 alin. 8 din Legea nr. 101/2016 întrucât nu s-ar fi precizat motivele pentru care nu este posibilă remedierea actului atacat.

Verificând considerentele sentinței recurate, Curtea constată că prima instanță a precizat motivele pentru care a considerat că unul dintre aspectele pentru care a considerat actele atacate ca fiind nelegale, nu mai poate fi remediat, și anume pentru faptul că realitatea consumurilor declarate de ofertanți nu poate fi verificată.

Prin urmare, prima instanță a precizat motivele pentru care a aplicat prevederile art. 50 alin. 8 din Legea nr. 101/2016, iar chestiunile legate de legalitatea acestei motivări nu se încadrează în motivul de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 6 din Codul de procedură civilă, urmând a fi analizate în cadrul motivului de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 8 din Codul de procedură civilă.

O altă critică invocată de recurentele Autoritatea pentru Reformă Feroviară, se referă la încălcarea autorității de lucru judecat a Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019, menținută prin Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București.

Recurente invocă nerespectarea deciziei anterioare a CNSC, din două perspective și anume că prin decizia anterioară s-a reținut că neregularitatea unei anume metodologii de calcul nu atrage anularea procedurii întrucât poate fi remediată și că metoda/algoritmul/modul de calcul unic trebuia să aibă în vedere parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți.

Verificând aceste critici, Curtea constată că prin decizia anterioară a CNSC, în ceea ce privește evaluarea celor trei oferte, s-a dispus următoarele:

„Dispune comisiei de evaluare ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27(Pct. 11.7 din Caietul de sarcini), conform motivării.

Dupa stabilirea acestei unice metode/algoritm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare oferta în parte”.

De asemenea, în motivarea deciziei, referitor la acest aspect, CNSC a reținut următoarele:

„Consiliul nu identifica nicio asemănare între cele două metode de estimare a consumului de energie, nicio formula comună în care să fi fost introduse caracteristicile proprii ale produsului oferit împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire.

În condițiile date, data fiind importanta covârșitoare a corectitudinii cifrelor prezentate în oferte ca fiind costul consumului de energie pe 15 ani (subfactor de evaluare cu pondere semnificativă), cât și obligativitatea dată de legislație ca ofertele, sub toate aspectele, să poată fi comparate, Consiliul va dispune autorității contractante ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27(Pct. 11.7 din Caietul de sarcini).

Modul de calcul (algoritmul), formulele și estimările utilizate, pot fi preluate (justificat) de la unul dintre ofertanți sau stabilite de comisia de evaluare (experți).

Dupa stabilirea acestei unice metode/algoritm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatorii impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare ofertă în parte.

În situația în care ar exista oferte care nu pot fi comparate aceasta ar implica necesitatea anularii procedurii potrivit prevederilor articolului 212 alin (1) lit b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia:

„Art. 212, - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;”

În aprecierea Consiliului, o decizie de anulare a procedurii în temeiul prevederilor legale mai sus amintite ar fi excesivă, în speța fiind posibilă remedierea conform celor dispuse de Consiliu”.

Curtea reține că sentința recurată încalcă decizia anterioară a CNSC, menținută prin Decizia Curții de Apel București nr. 348/2020, întrucât prima instanță nu a avut în vedere că anterior s-a reținut posibilitatea remedierii neregulilor constatate privind evaluarea consumului de energie electrică și faptul că în algoritmul de calcul se introduc parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți.

Introducerea parametrilor proprii înseamnă tocmai faptul că vor fi avute în vedere datele prezentate de ofertanți, ci nu că va avea loc o verificare practică a consumului, verificare care este imposibilă, în condițiile în care obiectul achiziției l-a reprezentat proiectarea și livrarea unor rame, ci nu doar livrarea unor rame deja realizate.

Prin urmare, Curtea apreciază că, în analiza pe care prima instanță o face modalității în care autoritatea contractantă a evaluat consumul de energie electrică prezentat de ofertanți, nu ține cont de cele de mai sus dispuse prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019 și care dobândise autoritate de lucru judecat, prin menținerea ei dispusă prin Decizia Curții de Apel București nr. 348/2020.

În ceea ce privește motivul de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 8 din Codul de procedură civilă invocat de toate recurente, Curtea constată că, în esență, se invocă încălcarea prevederilor art. 50 alin. 8 lit. c din Legea nr. 101/2016 și a unor prevederi din Legea nr. 98/2016, și anume art. 50, art. 187 alin. 5 și art. 212, precum și a principiului proporționalității.

Curtea reține că prevederile invocate de recurente au următorul conținut:

- art. 50 alin. 8 din Legea nr. 101/2016: „În soluționarea contestației, instanța examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;

b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;

c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat”.

- art. 50 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”.

- art. 187 alin. 5 din Legea nr. 98/2016: „Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;

b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;

c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare”.

- art. 212 (1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”.

Din prevederile art. 50 alin. 8 din Legea nr. 101/2016 rezultă că pentru anularea procedurii trebuiau îndeplinite două cerințe: să existe o nelegalitate a unui act al autorității contractante și să nu fie posibilă remedierea actului.

Din cele arătate mai sus, în analiza motivului anterior de casare rezultă că nu era îndeplinită prima cerință întrucât motivul pentru care prima instanță a considerat actul nelegal este contrar Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019 și care dobândise autoritate de lucru judecat, prin menținerea ei dispusă prin Decizia Curții de Apel București nr. 348/2020.

Mai mult, Curtea constată că motivul invocat de prima instanță nu se referă strict la modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat factorul de evaluare în discuție, ci chiar la legalitatea acestui factor de evaluare întrucât, astfel cum corect susțin recurentele și verificarea consumului de energie electrică nu poate fi realizată în practică pentru orice achiziție de rame feroviare, care presupune proiectare.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu putea efectua vreo verificare practică a consumurilor de energie declarate de ofertanți, ci doar verifica corectitudinea calculului efectuat de ofertanți pe baza parametrilor proprii prezentați de cei trei ofertanți, astfel cum dispusese CNSC prin decizia anterioară.

În aceste condiții, Curtea apreciază, nu numai că prima instanță nu a respectat decizia anterioară a CNSC și care avea caracter obligatoriu, ci a reținut că însuși factorul de evaluare consum de energie ar fi nelegal, ceea ce este contrar prevederilor art. 187 alin. 5 din Legea nr. 98/2016 care enumeră calitatea, inclusiv avantajele tehnice, printre elementele ce pot constitui factori de evaluare.

În ceea ce privește cerința privind posibilitatea remedierii actului atacat, Curtea reține că, în condițiile din speța de față în care este vorba doar despre evaluarea consumului de energie declarat de ofertanți, eventuale nereguli săvârșite de autoritatea contractantă privind evaluarea acestui factor, pot fi remediate, astfel cum a și reținut CNSC în decizia anterioară, anularea procedurii neputându-se dispune pentru faptul că nu este posibilă evaluarea consumului de energie, ci pentru alte cazuri dintre cele prev. de art. 212 sin Legea nr. 98/2016, cum este cel privind imposibilitatea comparării ofertelor din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare, sau în situația în care s-ar constata că toți ofertanții au declarat consumul de energie cu nerespectarea cerințelor din documentația de atribuire, caz în care toate ofertele ar fi inadmisibile.

Față de toate cele arătate mai sus, Curtea apreciază că sunt incidente motivele de casare prev. de art. 488 alin. 1 pct. 7 și 8 din Codul de procedură civilă, ceea ce atrage casarea sentinței recurate în ceea ce privește evaluarea consumului de energie electrică și anularea procedurii, cu consecința rejudecării contestațiilor formulate de reclamantele
privind aceste aspecte.

În rejudecare, Curtea reține următoarele:

Prin Procesul verbal nr. 22/06/13.01.2020, s-a dispus, referitor la punere în aplicare a măsurii de la pct. 3 din Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019 privind stabilirea unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu/km pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (pct.1 1.7 din Caietul de sarcini), ca să fie puse la dispoziția celor trei ofertanți prin încărcarea în SICAP, a două tabele, respectiv Tabelul 1 pentru secția 300 București – Predeal și Tabelul 2 pentru Secția 800 București – Constanța cu instrucțiuni de completare, pe care ofertanții să le completeze cu datele proprii și să le încarce în SICAP.

În baza acestui proces verbal au fost emise adrese de clarificare comunicate ofertanților, printre care și adresele nr. 22/08/13.01.2020 și nr. 22/10/13.01.2020, prin care s-a solicitat completarea tabelelor și încărcarea în SICAP.

Prin Procesul verbal nr. 22/35/30.01.2020 au fost evaluate datele încărcate de ofertanți în SICAP și s-au stabilit următoarele valori medii ale consumului de energie:

Ulterior, prin Procesul verbal nr. 22/41/05.02.2020 au fost stabilite punctajele acordate celor trei oferte, luându-se în considerare inclusiv consumul de energie stabilit prin procesul verbal anterior.

Prin adresa nr. 22/44/05.02.2020 a fost comunicat către punctajul stabilit prin Procesul verbal nr. 22/41/05.02.2020.

În contestația se invocă, faptul că evaluarea consumului de energie electrică s-a realizat prin completarea nelegală a documentației de atribuire într-o manieră incorectă și ambiguă. De asemenea, și în contestațiile se invocă un argument similar, susținându-se că au fost introduse noi criterii de stabilire a consumului de energie mediu/km, generând posibilitatea ofertanților de a-și modifica ofertele, ofertantul chiar realizând o modificare majoră a consumului declarat.

Curtea reține că prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019, menținută prin Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București, s-a dispus următoarele:

„Dispune comisiei de evaluare ca, împreună cu experții cooptați sau prin cooptarea unor experți suplimentari, să stabilească un unic mod de calcul al consumului de energie

electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (Pct. 11.7 din Caietul de sarcini), conform motivării.

Dupa stabilirea acestei unice metode/algorithm/mod de calcul, comisia de evaluare va introduce parametrii proprii prezentați de cei trei ofertanți, împreună cu indicatorii obligatoriu impuși prin documentația de atribuire și va stabili valorile finale pentru costul consumului de energie pe 15 ani pentru fiecare oferta în parte”.

Curtea constată că pentru punerea în aplicare a acestei decizii, autoritatea contractantă a întocmit tabele în care au fost precizate elemente noi (de ex. au fost precizate noi stații de oprire) și care nu fuseseră indicate prin documentația de atribuire și pe care le-a transmis ofertanților spre completare.

Practic, prin această modalitate de punere în aplicare a măsurii de evaluare a consumului de energie electrică, autoritatea contractantă a adăugat elemente suplimentare neprecizate în documentația de atribuire și a permis ofertanților să ofere un alt consum de energie electrică, decât cel declarat în ofertele inițiale.

De altfel, în Decizia nr. 348/2020 a Curții de Apel București s-a reținut, pentru respingerea criticilor formulate de ofertantul că „CNSC nu a dispus completarea documentației de atribuire, ci doar ca stabilirea consumului de energie electrică pentru toți ofertanții să se facă după aceeași metodă de calcul, astfel încât ofertele depuse să poată fi comparate.

Această metodă de calcul urmează să aibă în vedere doar elementele menționate în caietul de sarcini referitoare la consumul de energie, fără a se putea adăuga elemente noi necunoscute de ofertanți la momentul depunerii ofertelor.

Prin urmare, măsura dispusă de CNSC privește doar evaluarea unitară a ofertelor pentru componenta consum de energie a factorului de evaluare privind costul pe ciclul de viață (componenta financiară a ofertei), evaluare ce se va face pe baza elementelor menționate în documentația de atribuire, fără a se aduce modificări acestei documentații”.

Or, autoritatea contractantă, a interpretat și a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011/2023/2140/29.11.2019, fără a ține cont doar de elementele precizate în documentația de atribuire și fără a evalua consumurile declarate în oferte, ci consumurile ulterioare precizate de ofertanți prin completarea tabelor comunicate prin adresele de clarificări.

Procedând în acest mod, Curtea apreciază că au fost încălcate principiile transparenței și tratamentului egal, precum și prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2016 potrivit cărora documentația de atribuire trebuie să ofere o informare completă, corectă, precisă și explicită a cerințelor achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, astfel cum în mod corect susține contestatoarea

Curtea apreciază că, pentru respectarea principiilor de mai sus, precum și a celor dispuse prin Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019 și Decizia nr. 348/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 7092/2/2019, autoritatea contractantă trebuie să procedeze în modul următor:

- să solicite clarificări ofertanților în sensul de a preciza în mod detaliat calculul consumului de energie declarat în oferte;
- să verifice dacă aceste consumuri au fost calculate luând în considerare elementele precizate în documentația de atribuire și nu cuprind erori de calcul sau nu sunt în concordanță cu celelalte elemente precizate în ofertă;
- să identifice de unde provin diferențele între modalitățile de calcul prezentate de ofertanți;
- să stabilească un unic mod de calcul/metodă/algorithm al consumului de energie electrică mediu/km, pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (Pct.

11.7 din Caietul de sarcini) în vederea comparării consumurilor declarate de ofertanți (acest mod de calcul va lua în considerare strict elementele precizate în documentația de atribuire).

- să realizeze calculul consumului de energie electrică declarat de ofertanți prin folosirea unui unic mod de calcul/metodă/algorithm pe baza elementelor precizate în oferte sau în răspunsurile la clarificări, fără a li se permite ofertanților să-și modifice ofertele, ci doar să precizeze eventuale elemente lipsă sau să îndrepte erorile materiale ori alte aspecte care pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau abaterilor tehnice minore, toate acestea doar în măsura în care sunt respectate principiile tratamentului egal și transparenței.

- să evalueze ofertele cu luarea în considerare a consumului de energie stabilit conform celor de mai sus, în măsura în care este posibilă compararea ofertelor, iar în ipoteza contrară să anuleze procedura de atribuire.

Prin urmare, în rejudecarea contestațiilor formulate de reclamantele referitoare la evaluarea consumului de energie electrică și anularea procedurii, Curtea apreciază că sunt întemeiate, în parte, contestațiile, urmând să anuleze, în parte, Procesul verbal nr. 22/06/13.01.2020, exclusiv în ceea ce privește modalitatea de punere în aplicare a măsurii de la pct. 3 din Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019 privind stabilirea unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu/km pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (pct.1 1.7 din Caietul de sarcini), precum și să anuleze adresele nr. 22/08/13.01.2020 și nr. 22/10/13.01.2020, Procesul verbal nr. 22/35/30.01.2020, Procesul verbal nr. 22/41/05.02.2020 și actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 22/44/05.02.2020.

De asemenea, pentru remedierea nelegalităților constatate, Curtea va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea celor trei oferte depuse de

sub aspectul factorului de evaluare „consumul de energie electrică” cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019, a Deciziei nr. 348/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 7092/2/2019 și a considerentelor prezentei decizii.

Având în vedere atât cele reținute privind aspectul legat de consumul de energie electrică, cât și celelalte considerente referitoare la celelate aspecte analizate mai sus, Curtea va respinge, în rest, contestațiile, formulate de reclamantele

ca nefondate. Va fi menținută sentința recurată în ceea ce privește soluția dată excepției lipsei de interes și care nu a fost contestată prin recursurile formulate în cauză.

În ceea ce privește solicitările părților de acordare a cheltuielilor de judecată, Curtea reține că, urmare a admiterii recursurilor formulate, se impune casarea sentinței recurate și în ceea ce privește soluția de obligare a părților din cererea conexă nr. 2036/3/2020 la cheltuieli de judecată în sumă de onorariu de avocat diminuat (față de caracterul accesoriu al cererii privind acordarea cheltuielilor de judecată) și rejudecarea acestei cereri împreună cu cererile de acordare a cheltuielilor de judecată pentru faza recursului, urmând ca, față de faptul că pretențiile și apărările părților au fost admise în parte, să dispună compensarea cheltuielilor de judecată, în temeiul art. 453 alin. 2 din Codul de procedură civilă.

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

Respinge excepția tardivității recursului formulat de recurenta-pârâtă Autoritatea pentru Reformă Feroviară cu sediul în București, B-dul Dinicu Golescu nr. 38, sector 1.,

Respinge recursul formulat de recurente-pârâte
împotriva încheierii din 27.05.2020.

Admite recursurile declarate împotriva sentinței civile nr. 1935/12.06.2020, pronunțată de Tribunalul București - Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 1808/3/2020, de recurente-pârâte Autoritatea pentru Reformă Feroviară,

și de recurenta-reclamantă

cu sediul procesual ales la
în contradictoriu cu intimata-pârâtă

Casează, în parte, sentința recurată și în rejudecare:
Admite în parte contestațiile formulate de reclamantele

Anulează, în parte, Procesul verbal nr. 22/06/13.01.2020, exclusiv în ceea ce privește modalitatea de punere în aplicare a măsurii de la pct. 3 din Decizia CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019 privind stabilirea unui mod unic de calcul al consumului de energie electrică mediu/km pentru RE-R fără călători, în condițiile stabilite la capitolul 3.27 (pct.1 1.7 din Caietul de sarcini).

Anulează adresele nr. 22/08/13.01.2020 și nr. 22/10/13.01.2020.

Anulează Procesul verbal nr. 22/35/30.01.2020, Procesul verbal nr. 22/41/05.02.2020 și actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 22/44/05.02.2020.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea celor trei oferte depuse de

sub aspectul factorului de evaluare „consumul de energie electrică” cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, a Deciziei CNSC nr. 2153/C10/2011, 2023, 2140 din 29.11.2019, a Deciziei nr. 348/16.03.2020 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 7092/2/2019 și a considerentelor prezentei decizii.

Respinge, în rest, contestațiile, ca nefondate.

Mentține sentința recurată în ceea ce privește soluția dată excepției lipsei de interes.

Compensează cheltuielile de judecată.

Definitivă.

Pronunțată în ședință publică azi 12.11.2020.

PREȘEDINTE
IONUȚ CRISTIAN ANDREESCU

JUDECĂTOR
CARMEN MIHAELA VOINESCU

JUDECĂTOR
CRISTINA PETROVICI

GREFIER
IONICA POPESCU

Red. I.C.A.
ex/.....

Tribunalul București Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal --Judecător G.M. Neacșu

Str. Splaiul Independenței, nr. 5, sector 4
București, cod poștal 050051

POȘTA ROMÂNĂ
Nr. 103/P/5009/2009
Valabilitate - permanentă
București 1 - Ghișeul 4

PENTRU JUSTIȚIE.
A SE ÎNMÂNĂ CU PRIORITATE.

R
AR



27269

GRUP EXPLOATARE
SI ÎNTRETINERE PALAT C.F.R. S.A.
29. IAN. 2021
REGISTRATURĂ

