"decizia civila nr. 6291/2018

15-11-2018

Litigiu privind achizitiile publice

Curtea de Apel BUCURESTI﻿

Acesta nu este document finalizat

R O M Â N I A

CURTEA DE APEL BUCUREȘTI

SECȚIA A VIII-A C\_\_\_\_\_\_\_\_\_ ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. XXXXXXXXXXXX

DECIZIA CIVILĂ NR. 6291

Ședința publică de la 15 Noiembrie 2018

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE – C\_\_\_\_\_ E\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_\_

JUDECĂTOR – C\_\_\_\_\_\_\_ M\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_

JUDECĂTOR – R\_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_\_\_

GREFIER – E\_\_\_\_ L\_\_\_\_ T\_\_\_

Pe rol se află soluționarea cererii de recurs formulată de recurenta-reclamantă S\_\_\_\_\_\_ SRL, împotriva Încheierilor de ședința din data de 23.03.2018, respectiv 26.03.2018 și împotriva Sentinței nr. 2951/04.05.2018, pronunțate de Tribunalul București – Secția a II-a C\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Administrativ și Fiscal în cadrul dosarului nr. XXXXXXXXXXXX, în contradictoriu cu intimata-pârâtă M\_\_\_\_\_\_\_ SA și intimata-intervenientă A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA.

Dezbaterile au avut loc în cadrul ședinței publice de la 01.11.2018, fiind consemnate în cuprinsul încheierii de la acea dată, care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când instanța având nevoie de timp pentru a delibera, a amânat pronunțarea pentru data de 15.11.2018, când a hotărât următoarele:

C U R T E A,

Prin cererea inregistrata pe rolul Tribunalului B\_\_\_\_\_ ști sub nr. XXXXXXXXXXXX, la data de 19.12.2017, reclamanta S\_\_\_\_\_\_ S.R.L . a chemat in judecata parata M\_\_\_\_\_\_\_ S.A ., solicitând:

(1) să se dispuna anularea Raportului Procedurii de Atribuire și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente incidente ori conexe acestuia emise de Entitatea Contractantă (inclusiv Comunicarea Rezultatului Procedurii adresat Subscrisei și a comunicărilor rezultatului Procedurii adresate celorlalți ofertanți, inclusiv comunicarea refuzului de a adopta măsuri de remediere) în ceea ce privește evaluarea ofertei reclamantei și declararea acesteia ca neconformă;

(2) să se dispuna reluarea evaluării ofertei reclamantei cu consecința constatării caracterului conform și acceptabil al acesteia;

(3) obligarea paratei, în temeiul art. 453 NCPC la plata cheltuielilor de judecată ocazionate reclamantei de soluționarea prezentului litigiu;

In motivarea actiunii, reclamanta , in sinteza, a sustinut urmatoarele:

- Propunerea tehnică a reclamantei este conformă Caietului de Sarcini, iar

răspunsurile de clarificare au fost, pe deplin, concludente;

- Comunicarea Rezultatului Procedurii este viciată de grave nereguli atât sub

aspectul legalității actului administrativ cât și în privința temeiniciei concluziilor Comisiei de Evaluare prin care s-a stabilit neconformitatea ofertei reclamantei; parata a apreciat in mod eronat continutul ofertei depuse sau a clarificarilor transmise de aceasta, intrucat toate neconformitatile invocate prin consluziile comisiei de evaluare sunt afectate de lipsa de temeinicie sub acest aspect;

- Toate cele 17 pretinse m otive de neconformitate au fost reținute în mod greșit.

Prin sentința civilă nr.2951/ 4 mai 2018, Tribunalul București a respins cererea reclamantei și a admis cererea de interventie accesorie în interesul pârâtei formulată de intervenienta A\_\_\_\_\_ Transpo rt SA.

Împotriva încheierilor de ședință din data de 26 martie 2018 și din data de 23 aprilie 2018, precum și împotriva sentinței a formulat recurs reclamanta S\_\_\_\_\_\_ S.R.L. („S\_\_\_\_\_\_"), solicitând c asarea încheierilor de ședință din data de 26 martie 2018 și din data de 23 aprilie 2018, casarea sentinței, rejudecarea cauzei, admiterea contestației, anularea Raportului Procedurii de Atribuire și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente incidente ori conexe acestuia emise de Entitatea Contractantă (i nclusiv Comunicarea Rezultatului Procedurii adresat recurentei-reclamante și a comunicărilor rezultatului Procedurii adresate celorlalți ofertanți, inclusiv comunicarea refuzului de a adopta măsuri de remediere) în ceea ce privește evaluarea ofertei Sieme ns și declararea acesteia ca neconformă; reluarea evaluării ofertei S\_\_\_\_\_\_ cu consecința constatării caracterului conform și acceptabil al acesteia; obligarea intimaților în solidar la plata cheltuielilor de judecată ocazionate recurentei de soluționarea prezentului litigiu, în temeiul art. 453 Cod proc. civ.

In susținerea recursului a invocat următoarele motive de nelegalitate:

(1) Cele două încheieri și sentința sunt nelegale, fiind pronunțate cu încălcarea prevederilor art.13 C\_\_., art.6 paragraful 1 di n CEDO, art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, art.231 alin. (1) și (4) din Legea nr.99/2016, art.129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și a jurisprudenței CJUE - motiv de casare reglementat în art. 488 pct. 5 Cod proc.civ.

(2) Cele două încheieri și sentința sunt nelegale întrucât refuzul de acorda acces la dosarul achiziției publice este motivat necorespunzător – motiv de casare reglementat în art. 488 pct. 6 Cod proc.civ.,

(3) Încheierea din data de 23 aprilie 2018 este nelegală, fiind dată cu încălcarea prevederilor art.13 alin.(3), art.255 C\_\_, art.292 C\_\_ - motiv de casare reglementat în art. 488 pct. 5 Cod proc.civ.

(4) Sentința este nelegală întrucât cuprinde doar o motivare care echivalează cu nemotivarea - motiv de casare regle mentat în art.488 pct.6 Cod proc.civ.

(5) Sentința este nelegală, fiind dată cu încălcarea prevederilor art.140 alin (5) și (6) din HG nr. 394/2016 - motiv de casare reglementat în art. 488 pct. 8 Cod proc.civ.

(6) Sentința este nelegală, fiind dată cu încălcarea prevederilor art.164, art.165 alin.(1), 221 alin.(1) și (2) din Legea nr.99/2016, principiul transparenței și principiul tratamentului egal și loial față de toți participanții la procedura de achiziție publică, prevăzute de art.2 alin.(2) lit.b) și d) din Legea nr. 99/2016 și de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 Cod proc. civ.

(7) Sentința este nelegală, fiind dată cu încălcarea principiului egalității de tratament și prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 Cod proc. civ.

Dezvoltarea motivelor de nelegalitate

1. Aspecte prealabile privind situația litigioasă

(1) Procedura de achiziție publică organizată de M\_\_\_\_\_\_\_ are ca obiect furnizarea unor echipamente și prestarea unor serviciilor (inclusiv de proiectare) si executarea lucrărilor aferente montării si punerii în funcțiune a sistemului de siguranță si automatizare a traficului cu caracter de absolută noutate pentru M\_\_\_\_\_\_\_ SA, denumit sistem CBTC - conform Fișei de date, secțiunea II.1.5) Descrierea succinta a contractului sau a achiziției/achizițiilor.

(2) S\_\_\_\_\_\_ SRL a implementat deja acest sistem în multe alte orașe din lume, precum Paris, New York, Singapore, Budapesta - conform documentului depus la termenul din 23 aprilie 2018 de S\_\_\_\_\_\_ SRL la dosarul de fond. Acest element obiectiv, reunit cu lipsa de experiență a M\_\_\_\_\_\_\_ SA în privința serviciilor și echipamentelor ce se doresc a fi achiziționate, la care se adaugă experiența similară de succes a Subscrisei conduc la concluzia rezonabilă că S\_\_\_\_\_\_ SRL are un ascendent tehnic și informațional asupra Entității Contractante.

(3) Noutatea și complexitatea obiectului achizițiilor a determinat necesitatea ca implementarea contractului să fie realizată în două faze.

(4) Ambele faze presupun servicii de proiectare, ceea ce înseamnă, prin ipoteză, că proiectul propriu-zis nu poate fi solicitat din faza de ofertă, urmând să fie elaborat în cele două faze ulterioare. De aceea, orice solicitare cu caracter anticipat în faza de ofertă, care nu se regăsește în Caietul de sarcini, este nelegală pentru că modifică defacto documentația de atribuire.

(5) S\_\_\_\_\_\_ SRL și A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA sunt singurii ofertanți care au depus oferte.

(6) M\_\_\_\_\_\_\_ SA a solicitat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ SRL să lămurească 110 aspecte tehnice prin două solicitări de clarificare transmise la data de 29.09.2017 și la data de 19.10.2017, dintre care a reținut 17 pretinse neconformități.

(7) Prin adresa nr. M.03.04.01/317/23.11.2017 S\_\_\_\_\_\_ SRL a fost informat cu privire la decizia de declarare ca neconformă a propunerii tehnice prin raportare la 17 aspecte tehnice și bazată pe evaluarea răspunsurilor de clarificare furnizate de S\_\_\_\_\_\_ SRL la cele două solicitări de clarificare transmise de Comisie .

(8) Concluziile M\_\_\_\_\_\_\_ SA potrivit cărora S\_\_\_\_\_\_ SRL nu ar înțelege principiile CBTC sau că nu ar avea proprietatea termenilor tehnici, nu ar înțelege sensul unor noțiuni tehnice specifice sistemului CBTC sunt lipsite de o biectivitate.

(9) M\_\_\_\_\_\_\_ SA a respins oferta S\_\_\_\_\_\_ SRL întrucât nu am fi înțeles solicitarea de clarificări (pct. 1, 2 5 , 7 6 , 8, 9 7 , 10 8 ,11 9 ,13,14,15 din Comunicarea din data de 23.11.2017 - filele 181-195, Voi. IV din Dosar), că nu am fi dat detalii cerute prin solicitări, dar care nu au corespondent în Caietul de Sarcini (pct. 1, 3, 4, 5 , 13, 14, 15, 16, 17 din Comunicare) sau că nu am fi inclus elemente care, prin însuși Caietul de Sarcini, puteau fi stabilite abia în faza de Proiectare, cu acordul Beneficiarului (problema saboților de deraiere, de exemplu, sau listele de echipamente și lucrări necesare).

(10) În contrast cu tratamentul aplicat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ SRL, ofertantului A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA i s-a aplicat un tratament mai indulgent: i-au fost formulate 3 solicitări de clarificări pe oferta tehnică (29.09.2017, 19.10.2017, 13.11.2017) și șase pe oferta financiară, conform Raportului procedurii din data de 05.04.2018.

(11) în concret, solicitările de clarificări formulate de M\_\_\_\_\_\_\_ către cei doi ofertanți sunt:

> Către S\_\_\_\_\_\_ SRL: Adresa nr. M03.04.01/269/29.09.2017 ("Solicitare de Clarificări 1"), la care am răspuns la data de 9.10.2017 ("Răspuns de Clarificare 1"); Adresa nr. M03.04.01/289/19.10.2017 ("Solicitare de Clarificări 2") la care am răspuns în data de 25.10.2017 ("Răspuns de Clarificare 2") .

Către A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA au fost transmise Adresele nr. M.03.02.01/268/29.09.2017, M.03.04.01/288/19.10.2017 pentru clarificarea ofertei tehnice, respectiv Adresele nr. M .03.04.01/309/13.11.2017; M.03.04.01/323/04.11.2017; M.03.04/334/13.12.2017; M.03.04.01/08/08.01.2018; M.03.04.01/08/18.01.2018; M.03.04.01/32/30.01.2018; M.03.04.01/45/08.02.2018 pentru clarificarea ofertei financiare.

(12) în data de 05.04.2018. M\_\_\_\_\_\_\_ a transmis comunicarea rezultatului Procedurii de Atribuire, informându-ne că oferta Subscrisei a fost respinsă din Procedură .

(13) Prin contestația ce formează obiectul prezentului dosar, instanța a fost învestită cu verificarea legalității procedurii evaluării ofertelor și nu i s-a solicitat să verifice ea însăși aspecte tehnice. Prin motivele contestației, am solicitat ca instanța să facă o evaluare proprie de natură juridică și nu de natură tehnică.

(14) Instanța de fond nu putea refuza verificarea legalității procedurii de evaluare efectuată de comisie. Faptele deduse judecății au natură tehnică, ceea ce nu împiedică instanța să verifice dacă prin evaluarea răspunsurilor la solicitările de clarificări s-a cerut ofertantului S\_\_\_\_\_\_ SRL să facă dovada îndeplinirii unor cerințe care nu sunt prevăzute expres și neechivoc în Caietul de sarcini.

(15) În raport cu obiectul învestirii, instanța de fond trebuia să verifice:

> dacă procedura de evaluare a fost nelegală inclusiv din cauza modalității de formulare a solicitărilor de clarificări și de analizare a răspunsurilor la solicitări;

> dacă M\_\_\_\_\_\_\_ SA a respectat principiul transparenței procedurii și dacă în raport cu Subscrisa a impus prin evaluare cerințe ce exced documentației de atribuire sau standarde de exigență care nu rezultă din documentație;

> dacă neconformitățile imputate ofertei S\_\_\_\_\_\_ SRL se referă la neîndeplinirea unor cerințe exprese din documentația de atribuire sau dacă motivele se raportează la aprecieri subiective ale comisiei de evaluare care fie contrazic Caietul de Sarcini, fie adaugă în mod nelegal la acesta (prin detalieri, specificații care nu pot fi cerute ofertanților decât în faza ulterioară a proiectării etc);

> dacă standarde de exigență aplicate ofertantului S\_\_\_\_\_\_ SRL sunt legale și, dacă da, dacă au fost aplicate în aceeași măsură și în evaluarea ofertei A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA;

dacă M\_\_\_\_\_\_\_ SA a procedat corect când nu a acceptat îndreptarea erorilor materiale (minore) din ofertă, iar, dacă a procedat corect, trebuie verificat dacă același tratament a fost aplicat și ofertantului A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA.

>dacă M\_\_\_\_\_\_\_ SA a defavorizat ofertantul S\_\_\_\_\_\_ SRL în procedura de evaluare a ofertei, în contrast cu concurentul A\_\_\_\_\_ SRL.

(16) în fine, instanța trebuia să soluționeze disputa în lumina transparenței procedurii, ce „trebuie să fie garantată pentru a asigura ca fondurile publice să fie cheltuite în mod onest și eficient, în baza unei evaluări serioase și fără favoritisme de orice fel sau contraprestații financiare sau politice”.

2 . Nelegalitatea încheierilor din data de 26 martie 2018 și din data de 23 aprilie 2018 și a Sentinței decurge din încălcarea art.13 Cod proc.civ., art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art. 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, art. 231 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016, art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și a jurisprudenței CJUE - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 5 Cod proc. civ.

Motivarea necorespunzătoare a refuzului de a acorda acces la dosarul achiziției publice - motiv de recurs prevăzut de art. 488 pct. 6 cod proc.civ,

(17) Prin refuzul de a pune la dispoziția S\_\_\_\_\_\_ SRL, în calitate de contestatoare, înscrisurile ce constituie oferta tehnică a A\_\_\_\_\_ și evaluarea acesteia de către comisia de evaluare a M\_\_\_\_\_\_\_, Tribunalul București ne-a încălcat dreptul la apărare care include dreptul de a lua la cunoștință de toate faptele și actele relevante pentru cauză (art. 13 alin. 3 Cod proc. civ.)

(18) Regula este că participanții la procedură au acces la dosarul achiziției, compus din înscrisurile listate la art. 154 din HG nr. 394/2016, printre care se enumera și formularele de ofertă depuse în cadrul procedurii de atribuire; solicitările de clarificări, precum și clarificările transmise/primite de entitatea contractantă; raportul procedurii de atribuire, precum și anexele la acesta (lit. f, k, n).

(19) Excepția este limitarea accesului ca urmare a confidențialității și este de strictă interpretare și aplicare, ca orice excepție.

(20) La termenul de judecată din data de 26 martie 2018, instanța a încuviințat în cadrul probei cu înscrisuri solicitarea Subscrisei de a obliga M\_\_\_\_\_\_\_ să depună oferta tehnică a A\_\_\_\_\_ și înscrisurile care constată modalitatea de evaluare a acestei oferte de către comisia din partea Entității contractante:

(21) Tezele probatorii invocate de Subscrisa privesc egalitatea de tratament și transparența. Am învederat instanței faptul că în cadrul contestației ne-am prevalat de aceste principii, arătând că autoritatea contractantă, în procesul de solicitare a clarificărilor și de evaluare a răspunsului la acestea, a impus practic noi cerințe, diferite de cele stabilite inițial prin documentația de atribuire.

(22) De asemenea, am arătat că instituția solicitărilor de clarificare a fost reglementată și interpretată în strânsă corelație cu principiul transparenței care obligă autoritatea să nu modifice cerințele în procedura de evaluare a ofertelor, precum și cu principiul egalității de tratament care impune autorității să aplice aceeași măsură tuturor participanților .

(23) La termenul de judecată din data de 26 martie 2018 ne-am prevalat în acest sens de Hotărârea din data de 29 martie 2012 pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza C-599/10 SAG Slovensko a.s. și alții, care a stabilit că ,, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferiții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări." - subl. ns., NNDKP.

(24) Instanța a admis proba, a dispus obligarea M\_\_\_\_\_\_\_ SA la depunerea unor înscrisuri referitoare la evaluarea ofertei A\_\_\_\_\_, însă a considerat că aceste înscrisuri ar avea caracter confidențial pentru că procedura se afla în curs, nefiind cunoscut rezultatul evaluării, și doar pentru că A\_\_\_\_\_ ar fi declarat confidențială întreaga sa ofertă tehnică.

(25) OBS: Din considerentele Sentinței reiese că judecătorul fondului a considerat suficientă simpla declarație de confidențialitate, nesemnată, nedatată, nemotivată ce a fost formulată de A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA: „Or, la dosar există declarația de confidențialitate dată de intervenientâ în cadrul procedurii cu privire la propunerea tehnică, în integralitatea sa, motiv pentru care tribunalul a respins, la termenul de judecată din data de 23.04.2018, cererea formulată de reclamantă privind accesul sau la raportul procedurii de atribuire în totalitate, clarificările solicitate și răspunsul la clarificări cu privire la oferta tehnică, precum și raportul expertului cooptat asupra propunerii tehnice depusă de intervenientă". (pagina 12. penultimul paragraf din Sentință)

(26) Ulterior, întrucât M\_\_\_\_\_\_\_ SA a comunicat S\_\_\_\_\_\_ rezultatul procedurii prin Adresa nr. M.03.04.01/100/05.04.2018 și Raportul nr. M.03.04.01/98/05.04.2018 prin care oferta A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA în valoare de 24.764.966,17 lei a fost declarată câștigătoare, am reiterat solicitarea adresată instanței și am învederat că:

- în urma declarării câștigătoare a ofertei A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA nu se mai pot invoca dispozițiile art. 231 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016 pentru a bloca accesul la aceste documente, așa încât nu mai există impedimentul necunoașterii rezultatului procedurii pentru a da acces la aceste înscrisuri

- în timp ce art. 231 are aplicabilitate generală în privința punerii la dispoziție a dosarului de achiziție publică celorlalți participanți interesați, în contextul existenței unui litigiu se aplică dispozițiile art. 298 alin. (2) Cod proc. civ.. care prevede că instituția publică deținătoare a înscrisurilor solicitate este îndreptățită să nu dea curs solicitării de punere la dispoziție a oricăror înscrisuri/informații care contribuie la soluționarea justă a cauzei pentru următoarele motive de refuz: apărarea națională, siguranța publică sau relațiile diplomatice.

- A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA NU a motivat necesitatea de păstrare a confidențialității documentelor, la dosar fiind depusă la data de 20 aprilie 2018, între termenele de judecată, doar o notă de confidențialitate NEMOTIVATĂ datată 28.07.2017, nesemnată, neștampilată, nemotivată, alături de niște Note de ședință (fără a comunica un exemplar și Subscrisei!)

(27) Instanța a refuzat solicitarea Subscrisei și nu ne-a pus la dispoziție înscrisurile depuse de M\_\_\_\_\_\_\_ ce constată evaluarea ofertei A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA, invocând Hotărârea pronunțată la data de 14 februarie 2008 de CJUE în Cauza C-450/06, Varec - Anexa 1.

28) însă atât Hotărârea de care s-a prevalat instanța și care fusese invocată de A\_\_\_\_\_, precum și concluziile avocatului general asupra acestei cauze, susțin că un ofertant nu se poate prevala abuziv de declarația de neconfidențialitate nemotivată pentru că ar deturna rezerva confidențialității de la scopul său legitim la scopul de a bloca practic accesul la calea de atac concurenților acestuia.

Dispoziția instanței este contrară inclusiv practicii judiciare, sens în care ne prevalăm de o decizie recentă a Curții de Apel București (Decizia nr. 687/11.02.2016 pronunțată în dosarul nr. XXXXXXXXXXX) care a reținut că:

"Curtea constată că, într-adevăr, actele depuse de ofertantul câștigător au fost considerate confidențiale în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ fundamentată a motivelor care au justificat o astfel de apreciere. O \_\_\_\_\_\_\_\_ acte declarate confidențiale nu conțineau nicio informațiereferitoare la aspecte care ar fi putut avea relevanță pe planul concurenței, refuzul de furnizare a acestora fiind nejustificat. [...]."

(29) Procedând în mod similar, prin acceptarea declarației în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_, instanța a încălcat dreptul la apărare al Subscrisei și chiar jurisprudența CJUE pe care și-a întemeiat soluția.

(30) Dacă o decizie judiciară s-ar întemeia pe fapte sau documente de care părțile, sau doar una dintre ele, nu au putut să ia cunoștință și în legătură cu care nu au fost în măsură să își formuleze apărările ar însemna să se încalce un principiu fundamental de drept, respectiv dreptul la un proces echitabil și la o cale de atac efectivă - conform Hotărârii in 22 martie 1961, Snupat/înalta Autoritate și Hotărârii din 10 ianuarie 2002, Plant și alții/Comisia și South Wales Small Mines (C- 480/99, punctul 24) .

(31) în schimb, divulgarea unor probe din dosarul achiziției publice ar fi refuzată pentru a proteja secretele comerciale invocate de A\_\_\_\_\_ în baza unei cereri rezonabile de tratament confidențial al acestora, cerere care trebuie motivată în mod corespunzător - a se vedea în acest sens paragrafele 35-40 din Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston prezentate la 25 octombrie 2007 în Cauza C- 450/06 - Anexa 2 .

(32) Este în sarcina ofertantului A\_\_\_\_\_ să facă dovada că declarația de confidențialitate este bazată pe un interes legitim.

(33) Confidențialitatea devine efectivă dacă si numai dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ atât condiția de formă (marcarea documentului ca fiind confidențial) cât și condiția de fond (justificarea interesului legitim urmărit prin declarația de confidențialitate).

(34) A\_\_\_\_\_ nu a îndeplinit nici măcar cerința formală de declarare a confidențialității ofertei sale, declarația sa nefiind semnată și însușită de un reprezentant legal al societății. Simpla punere a ștampilei cu „CONFIDENȚIAL" nu satisface nici măcar o rigoare formală elementară.

(35) Nu este suficientă simpla marcare sau indicare a documentelor ca fiind confidențiale, legea (transpusă, de altfel, și la nivelul Fișei de Date) impunând și o condiție de fond și anume motivarea caracterului confidențial.

(36) în acest sens, potrivit art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 "Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică motivat în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile."

(37) Interesul A\_\_\_\_\_ de a împiedica verificarea respectării de către Subscrisa a principiului tratamentului egal nu constituie interes legitim, ci, dimpotrivă, este un interes ilicit, ce nu poate fi protejat.

(38) Restricționarea nejustificată a accesului la documentele dosarului achiziției constituie o limitare a dreptului de acces la o cale de atac efectivă împotriva actelor autorității contractante, împotriva căreia jurisprudența CJUE s-a pronunțat în mod constant - a se vedea în acest sens Cauza C-327/00, Santex.

(39) în procedura de contestație, instanța este ținută să aplice următoarele reguli ce decurg din dreptul unional, ce se aplică cu prioritate față de dreptul intern (paragraful 60 din Concluziile Avocatului General Eleanor Shar pston prezentate la 25 octombrie 2007 în Cauza C-450/06):

a) o parte nu poate refuza comunicarea probelor către organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac invocând secretul comercial;

b) o parte care comunică probe organismului responsabil cu procedura privind căile de atac poate solicita ca acestea să fie tratate ca fiind confidențiale, în întregime sau în parte, față de o altă parte;

c) toate părțile principale trebuie să aibă acces la toate probele relevante pentru rezultatul căii de atac, într-o formă adecvată care să le permită să prezinte observații asupra acestora;

d) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să se asigure că nu utilizează nicio probă neadusă la cunoștința uneia sau mai multor părți principale într-un mod susceptibil de a aduce atingere drepturilor părții respective la un proces echitabil și la egalitatea armelor.

(40) în contestație am invocat că există indicii rezonabile în sensul că ofertantul A\_\_\_\_\_ a beneficiat de un tratament preferențial întrucât i-au fost transmise mai multe solicitări decât Subscrisei (3 cu privire la oferta tehnică, 6 cu privire la oferta financiară), așa încât interesul Subscrisei de a analiza tratamentul aplicat de M\_\_\_\_\_\_\_ acestuia este legitim.

(41) Pentru aceste motive, solicităm instanței de recurs să caseze încheierile și să acorde ofertantului S\_\_\_\_\_\_ acces la documentele depuse de Entitatea Contractantă și care privesc oferta A\_\_\_\_\_, pentru a ne edifica asupra tratamentului loial și egal al procedurii de solicitare a clarificărilor.

3. Nelegalitatea încheierii din data de 23 aprilie 2018 pentru refuzul de a primi la dosar înscrisurile constând în oferta financiară formulată de S\_\_\_\_\_\_ SRL în procedura de achiziție publică organizată de M\_\_\_\_\_\_\_ SA - încălcarea prevederilor art. 13 alin. (3), a art. 255 alin. (1) și a art. 292 alin. (1) Cod proc. civ. - motive de casare prevăzut de art. 488 pct. 5 și 6 Cod proc. civ.

(42) Prin refuzul de a primi la dosar înscrisurile constând în oferta financiară a Subscrisei în condiții de confidențialitate, instanța de fond a încălcat dispozițiile art. 13 alin. (3) Cod proc civ. potrivit cărora părțile pot propune orice probe, dispozițiile art. 255 alin. (1) privind admisibilitatea probelor și dispozițiile art. 292 alin. (1) Cod proc. civ., potrivit cărora partea are dreptul de a depune înscrisuri, sub rezerva înaintării probei cu respectarea normelor de procedură.

(43) Ținând seama de împrejurarea că prin documentația de atribuire criteriul de atribuire stabilit este prețul cel mai scăzut și că oferta celuilalt participant, A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA, în valoare de xxxxxxxxxxx,72 LEI a devenit publică prin Raportul procedurii din data de 5 aprilie 2018, cunoașterea ofertei financiare a S\_\_\_\_\_\_ SRL ar fi avut caracter util pentru justa soluționare a cauzei, dat fiind scopul fundamental al procedurilor de achiziție publică: utilizarea eficientă a fondurilor bugetare.

(44) Am solicitat depunerea la dosar a ofertei în condiții de confidențialitate în baza dispozițiilor art. 67 alin. (2) si (3) din HG nr. 394/2016 privind Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care ne obligă să nu divulgăm oferta financiară până la momentul în care comisia de evaluare însăși o va deschide în cadrul analizării ofertelor. Așadar, era necesar concursul instanței de judecată pentru a depune această probă în condiții de confidențialitate.

(45) Am arătat instanței de fond că anterior termenului din data de 23 aprilie 2018, Subscrisa nu am fi avut interes de a depune această probă pentru că nu ar fi avut relevanță cunoașterea dosar a ofertei financiare S\_\_\_\_\_\_ fără cunoașterea ofertei financiare A\_\_\_\_\_, ceea ce atrage aplicarea dispozițiilor art. 254 alin. (2) pct. 2 și 4.

(46) Instanța a respins nemotivat proba. Pentru a respecta principiul aflării adevărului instanța trebuia să se pronunțe motivat asupra caracterului confidențial al înscrisului, să arate dacă îl acceptă sau nu la dosar în forma solicitată de cel care propune proba, iar în măsura în care nu era de acord cu solicitarea, urma ca S\_\_\_\_\_\_ să decidă în ce măsură este oportună sau nu depunerea înscrisului în aceste condiții, în conformitate cu principiul disponibilității.

(47) Considerăm că înscrisurile propuse spre a fi administrate au rol probator în cauză pentru că relevă consecințele efective ale înlăturării ofertei tehnice a Subscrisei asupra utilizării eficiente a fondurilor publice și asupra competitivității ofertelor depuse.

(48) Solicităm instanței de recurs ca în cadrul probei cu înscrisuri să analizeze oferta financiară a S\_\_\_\_\_\_ SRL în procedura de achiziție publică organizată de M\_\_\_\_\_\_\_ și să admită la dosar proba, urmând ca soluționarea cauzei să își fundamenteze soluția inclusiv în raport de acesta.

4. Nemotivarea sentinței – motiv de recurs prevăzut de art.488 pct.6 C\_\_

(49) Din cele 17 aspecte tehnice de neconformitate pe care le-am contestat, instanța a analizat expres și superficial, reținând doar argumentele M\_\_\_\_\_\_\_ din Comunicarea M.03.04.01/317/23.11.2017, doar următoarele:

a) Tribunalul a respins contestația privind evaluarea mecanismului de acționare a macazurilor și a saboților de deraiere (pagina 14. paragraful final) considerând, abstract, că M\_\_\_\_\_\_\_ „a pretins clarificări doar pentru detaliile necesare prin care să se demonstreze că în ofertă există saboții de deraiere și mecanismul de acționare a lor, întrucât acestea nu s-au găsit în listele de echipamente".

b) Semnalele de manevră - instanța doar arată sumar și simplist care ar fi fost pozițiile divergente exprimate de S\_\_\_\_\_\_ și de M\_\_\_\_\_\_\_ (pagina 15. paragrafele 2 si 3). însă nu arată care este concluzia proprie ca urmare a analizei înscrisurilor și doar deducem din soluția finală că argumentele S\_\_\_\_\_\_ sunt respinse, fără a cunoaște motivarea concretă.

c) Tablourile TID - instanța expediază motivul de contestație prin succintele considerente conform cărora: „tribunalul constată că cerința din caietul de sarcini cu privire la tablourile TID (tablouri de electroalimentare), precum și cu privire la interfețele la nivel ATC local, contrar susținerilor reclamantei, implică o detaliere a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe, respectiv și a tuturor componentelor ofertate și nu doar indicarea asumării cerinței de către ofertant" (pagina 15. paragraful 4).

d) Tribunalul face referire la nedovedirea posibilității de extindere a sistemului în termeni foarte generali (pagina 15. paragraful 6). însă nu reiese din această formulă absconsă că ar fi înțeles situația de fapt bănuim că în ceea ce privește cerința prevăzută la capitolul 3.1.2.6 Sistem ATC, punctul d) Extindere.

e) Tribunalul a reiterat susținerile M\_\_\_\_\_\_\_ referitoare la pretinsa neutilizare de către S\_\_\_\_\_\_ a terminologiei consacrate în domeniul feroviar (pagina 15. paragraful 8). considerent care nu are nicio legătură cu bunurile și serviciile efectiv ofertate și extrem de general, putând valora cel mult reproș stilistic.

f) Considerentul Tribunalului București în ce privește îndeplinirea cerinței comutării sensului de mers într-un timp mai mic de 4 secunde nu are legătură cu pozițiile exprimate de părți, neavând nici un sens, de aceea îl vom reda ca atare: „In legătură cu susținerea reclamantei privind rebrusarea cu unul sau doi mecanici la bord, tribunalul constată că cerința din caietul de sarcini privind timpul de comutare a sensurilor de mers se refera la posibilitatea tehnica a sistemului de a permite aceasta comutare a sensurilor de mers, și nu are legătură cu faptul că rebrusarea se face cu un mecanic sau cu doi mecanici la bordul trenurilor, prin urmare, faptul că pârâta nu a evaluat oferta din aceasta perspectiva, este lipsită de importanță!' (pagina 15. paragraful 10).

g) Referindu-se la motivul de neconformitate nr. 9, privind modalitatea de afișare a situației sintetice a traficului la sediul M\_\_\_\_\_\_\_, deși am arătat că am interpretat solicitarea de clarificare în sens complex, ca referindu-se la aspecte de soft și că Entitatea a respins răspunsul pentru că voia detalii legate de sistemul hard, instanța pur și simplu a împărtășit poziția autorității, fără un motiv propriu-zis de respingere a ofertei Subscrisei (pagina 15. paragraful 11).

h) în ce privește corecțiile aduse viciilor de formă, fără a se referi la acestea în mod direct, Tribunalul a considerat echivoc că „fie ar reprezenta o ofertă nouă, fie chiar îndreptarea acestora nu schimbă cu nimic concluzia comisiei de evaluare cu privire la neconformitatea ofertei tehnice" (pag. 15. paragraful final).

(50) Motivarea este abstractă, fiind rezumată la confirmarea în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ de evaluare.

(51) Potrivit art. 425 alin. (1) lit. b) Cod proc.civ., hotărârea trebuie să cuprindă motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

(52) Din cauza acestei greșeli, instanța nu a stabilit, în concret, care este situația de fapt.

(53) Instanța a ales aleatoriu unele dintre aspectele tehnice, făcând un simulacru de analiză, iar din motivare reiese că își însușește pur și simplu poziția M\_\_\_\_\_\_\_. Or, „hotărârea trebuie să cuprindă, ca o garanție a caracterului echidistant al procedurii judiciare și a respectării dreptului de apărare al părților, motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței" .

(54) De asemenea, tot în practica instanței supreme s-a arătat că: „Este întemeiată critica referitoare la nemotivarea hotărârii, care nu răspunde apărărilor pârâtei decât printr-o simplă afirmație, generică, în sensul că acestea «vor fi înlăturate pentru aceleași considerente pentru care a fost admisă acțiunea reclamanților». Or, poziția procesuală a fiecărei părți în cadrul litigiului s-a sprijinit pe argument diferite, neputându-se spune că primindu-se susținerile unei părți au fost response, de o manieră implicit ale celeilalte părți, fără ca acestea să mai primească o analiză punctuală." (ICCJ, Decizia nr. 2223 din 27 martie 2012)

(55) Astfel a procedat și instanța de fond, prin însușirea arbitrară a unor argumente reținute de M\_\_\_\_\_\_\_ prin actul administrativ litigios și prin respingerea implicită a motivelor contestației.

(56) Tribunalul a motivat cu titlu general că „verificând comunicarea rezultatului evaluării propunerii tehnice, tribunalul constată că este suficient și complet motivată pentru ca reclamanta să înțeleagă rațiunile pentru care autoritatea contractantă a reținut motivele de neconformitate a propunerii tehnice, precum și ca instanța de judecată să poată efectua controlul judecătoresc" (pagina 13. paragraful 2 din Sentință).

(57) S\_\_\_\_\_\_ invocase faptul că tocmai motivarea incompletă a deciziei de decalare a neconformității ofertei S\_\_\_\_\_\_ constituie un motiv de nelegalitate, motiv pe care instanța 1-a ignorat.

(58) în plus, precizăm că ordinea de expunere a considerentelor este confuză și constituie sursă de incertitudine în ce privește obiectul analizei instanței. Instanța nu a analizat nici măcar un motiv de contestație formulat de Subscrisa din cele 17.

(59) Prin ignorarea problemelor decisive în cauză și a motivele de anulare a actelo r administrative nu s-a asigurat caracterul echitabil al procedurii .

(60) Garanțiile implicite ale art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a drepturilor Omului includ obligația de a motiva hotărârile judecătorești (H. împotriva Belgiei, pct. 53) și o decizie motivată permite părților să demonstreze că a fost audiată în mod real cauza lor.

(61) Situația de fapt nici măcar nu reiese cu claritate din motivarea Tribunalului București, deși S\_\_\_\_\_\_ a sistematizat într-o manieră clară motivele contestației si a prezentat toate aspectele tehnice într-o manieră inteligibilă.

(62) Deși o instanță internă dispune de o anumită marjă de apreciere în alegerea argumentelor și admiterea probelor, acesta trebuie să-și justifice activitatea precizând motivarea deciziilor luate (Suominen împotriva Finlandei, pct. 36). Tribunalul București, în schimb, a pronunțat o motivare arbitrară, din care nu reiese dacă judecătorul fondului a lecturat măcar argumentele contestatoarei și probele de la dosar.

(63) Deși instanța nu trebuia să analizeze fiecare argument în parte invocat de părți, trebuia să ia în considerare, în mod sistematic, fiecare motiv de contestație individual și să aprecieze în consecință, aplicând dreptul faptelor.

(64) Hotărârea face referiri aleatorii la unele dintre cerințele tehnice pe care le identifică în concret sau doar aluziv (cum este cazul cerinței prevăzute la capitolul 3.1.2.6 Sistem ATC, punctul d) Extindere) și nu face nicio mnețiune privind altele.

(65) Din ansamblul motivării rezultă că instanța a considerat suficient aspectul cantitativ legat de transmiterea a 110 de întrebări prin cele două solicitări de clarificare, deși A\_\_\_\_\_ a primit trei solicitări de clarificări pentru oferta tehnică și 6 pentru oferta financiară, important este conținutul efectiv al dezbaterilor.

(66) Din motivarea incompletă și compactă a Tribunalului, rezultă că nu a verificat motivele de nelegalitate a evaluării invocate de Subscrisa, ci a făcut strict o evaluare cantitativă, dar nu și calitativă a modalității în care M\_\_\_\_\_\_\_ s-a comportat față de cei doi concurenți, S\_\_\_\_\_\_ și A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA.

(67) Tribunalul repetă considerentul că M\_\_\_\_\_\_\_ a transmis 110 solicitări de clarificare, ceea ce nu are nicio importanță asupra legalității evaluării răspunsurilor (pagina 13. ultimele două paragrafe; pagina 15. paragraful 9). Repetiția acestui argument trădează faptul că instanța a refuzat efectiv să analizeze in concreto temeinicia susținerilor Subscrisei.

(68) Existența celor 110 solicitări decurge din complexitatea serviciilor și a bunurilor ce formează obiectul achiziției publice, necunoscute până acum entității Contractante, astfel cum reiese din Fișa de Date a achiziției.

(69) Superficialitatea analizei a împiedicat instanța să observe că M\_\_\_\_\_\_\_ nici măcar nu a fost constant cu motivele de respingere a ofertei, întrucât prin întâmpinarea la contestație și-a schimbat argumentele tehnice - i.e., în cazul cerinței privind tablourile de distribuție a energiei (TID), deși motivul de neconformitate a fost o pretinsă lipsă a includerii acestora în oferta S\_\_\_\_\_\_, prin întâmpinare s-a revenit asupra motivării și s-a arătat că, în realitate, nu ar fi fost menționate anumite detalii, însă fără a se indica natura acestora și prevederea din caietul de sarcini aferentă solicitării.

(70) Având în vedere că Sentința nu este motivată, instanța de recurs trebuie să rejudece cauză și să facă o analiză proprie a motivelor contestației, care să fie inteligibilă și din care să reiasă că au fost analizate efectiv susținerile contradictorii ale părților.

5. Instanța a încălcat prevederile art. 140 alin. (5) și (6) din HG nr. 394/2016 - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 Cod proc. civ.

(71) Instanța a reținut în mod echivoc, fără a indica în concret care sunt cerințele tehnice suspuse analizei, că nu sunt acceptate „corecțiile de formă" (noțiune care nu are corespondent legal) și că acestea „fie ar reprezenta o ofertă nouă, fie chiar îndreptarea acestora nu schimbă cu nimic concluzia comisiei de evaluare cu privire la neconformitatea ofertei tehnice" (pag. 15, paragraful final).

(72) Instanța a încălcat prevederile art. 140 alin. (5) și (6) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora "(5) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconforma. (6) Prin excepție de la dispozițiile alin. (5), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor deforma;

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire"

(73) Subscrisa am invocat faptul că pentru două dintre neregulile reținute de M\_\_\_\_\_\_\_, prin răspunsurile la solicitările de clarificări am corectat vicii de formă, care nu au condus la modificarea ofertei tehnice sau financiare.

(74) Pentru a fi sancționată ca neconformă, o eventuală completare a ofertei prin răspunsurile de clarificări (indiferent că sunt aduse înscrisuri noi ori doar informații) trebuie să conțină o modificare a ofertei (care, de regulă, determină o modificare a prețului ofertat).

(75) De asemenea, am invocat și Hotărârea din data de 11 mai 2017 pronunțată în cauza C-131/16, Archus, unde CJUE a reținut că: „ în schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere!'

(76 ) În primul rând, în cazul cerinței privind echipamentul ATC îmbarcat, am arătat că prin Solicitarea de Clarificări 1 (întrebarea 56) s-au solicitat clarificări cu privire la lista de cantități de lucrări și lista de cantități aferentă montajului pentru echipamentul de siguranță îmbarcat (Faza 2).

(77) Prin Răspunsul de Clarificare 1 (răspunsul la întrebarea 56), Subscrisa a clarificat faptul că dintr-o eroare materială listele în discuției au fost trecute la faza 1, remediind, totodată, eroarea.

(78) Echipamentele îmbarcate (în număr de 13) reprezintă echipamente ce urmează a fi montate pe trenurile care vor fi puse la dispoziție de Beneficiar, iar lucrările de montaj aferente acestora ("LM") au fost arătate/cuprinse în Fișa nr. 5.01.AUT1.1SSAT.99-XXXXXXXXXX.MTX.03 și nu în 5.01.AUT1.1SSAT.99-XXXXXXXXX.MTX.02 care este lăsată în mod intenționat "goală", deoarece nu sunt necesare alte lucrări sau costuri suplimentare.

(79) în mod eronat și nelegal, Comisia de Evaluare a considerat lista de lucrări ("LL") ca fiind montajul echipamentelor îmbarcate, atât timp cât în cadrul Răspunsului de Clarificare 1 (pentru întrebarea nr. 56), am corectat eroarea materială, respectiv în tabelul LM 001 apare montajul tuturor celor 13 unități îmbarcate.

(80) Am informat Comisia de Evaluare în repetate rânduri că atunci când o listă a fost transmisă "goală", aceasta trebuia interpretată în sensul că nu sunt necesare alte lucrări și costuri suplimentare celor deja incluse.

(81) Prin întâmpinare, M\_\_\_\_\_\_\_ a invocat un nou motiv de respingere a ofertei pentru această cerință și s-a repoziționat afirmând că neregula ar rezulta din faptul că Subscrisa am fi ofertat doar 13 unități de îmbarcare, în timp ce erau necesare 26.

(82) Prin răspunsul a întâmpinare, ne-am apărat de această nouă motivare a excluderii ofertei, prevalându-ne de prevederile Caietului de Sarcini, document PDF2\_5.oi.AUTi.iSSAT.o.oo-VOL.NR.i, pag. 23/104, cap. 3.1.2.6 „Sistemul ATC", punctul j), potrivit cărora ofertantul are obligativitatea ofertării unei configurații redundante:

„Sistemul ATC va fi astfel conceput încât să asigure redundanța și disponibilitatea necesară așa cum este definită în prezenta documentație",

(83) Am arătat, că la punctul n) al aceluiași capitol din documentul invocat, se subliniază că ..se va prevedea echiparea a 13 trenuri cu seturi complete de echipamente ATC îmbarcate", ceea ce Subscrisa a și ofertat.

(84) în acest sens, dovada cea mai concludentă este chiar figura nr. 1 publicată de către Pârâtă în întâmpinare și care se regăsește și în Procesul Verbal, figură care a fost parte integrantă a ofertei Subscrisei, respectiv:

"Figura 1 - Prezentarea generală a configurației redundante cap-coadă"

(85) Redundanța presupune că în fiecare set sunt 2 unități de îmbarcare, astfel încât în cazul în care una prezintă deficiențe ori întreruperi, cea de-a doua să fie operativă. Configurația de redundanță, cum e și cea ofertată de Subscrisa, oferă o stare de așteptare activă a OBCU-ului redundant în cazul în care OBCU activ se întrerupe.

(86) Interpretarea eronată a unei arhitecturi de redundanță ca cea prezentată în oferta Subscrisei în sensul că ar fi de fapt două unități complet diferite, nicidecum una redundantă, nu poate fi făcută decât de către cineva care nu are pregătirea tehnică necesară ori, deși are pregătirea necesară, imparțialitatea sa este vădit știrbită.

(87) Mai mult, cerința de a fi livrate 13 seturi complete este îndeplinită și recunoscută chiar de către Pârâtă în mențiunea formulată ca fiind trecută în Lista de Cantități.

(88) Adițional, în cadrul ofertei depuse de Subscrisa a fost descrisă configurația redundantă tip cap-coadă, unde se menționează clar și fără posibilitate de interpretare (a se vedea Oferta tehnică M5 Partea 1, pag. 328/574) următoarele:

„OBCU a sistemului Trainguard MT este concepută pentru a fi conectată la două cabine în funcție de configurația vehiculului (interfețele electrice pentru racordurile celor două cabine sunt marcate cu „cabină apropiată" și cu „cabină îndepărtată"). în configurația redundantă de tip cap-coadă, semnalele „cabină apropiată" sunt utilizate pentru cabina în care este amplasată OBCU, iar semnalele „cabină îndepărtată" sunt utilizate pentru cabina de la celălalt capăt al vehiculului".

(89) Instanța de fond nu a analizat faptul că M\_\_\_\_\_\_\_ a acceptat implicit criticile din contestație și nu a sancționat schimbarea motivării actului administrativ prin apărările din dosar. O astfel de conduită procesuală trădează precaritate asusținerilor tehnice ale M\_\_\_\_\_\_\_ și instanța de fond trebuia să observe aceste aspecte ale dialecticii judiciare.

(90) în al doilea rând, în cazul cerinței privind arhitectura sistemului CBTC si Depoul Valea Ialomiței, Comisia de Evaluare a stabilit că prin retransmiterea fig. 16 "Arhitectura soluției propuse" prin intermediul clarificărilor, Subscrisa ne-am completat oferta tehnică deoarece "în propunerea tehnică depusă nu se regăsește nicio referire la Arhitectura Stației și Depoului Valea Ialomiței".

(91) Deși Entitatea Contractantă a considerat că nu identifică în propunerea tehnică a Subscrisei referințe la Stația și Depoul Valea Ialomiței, am arătat și probat că atât sistemul cât și arhitectura Stației și Depoului Valea Ialomiței au fost luate în considerare în structurarea ofertei.

(92) Comisia de Evaluare nu a verificat acest aspect, ci s-a rezumat superficial să constate că într-un anumit desen prezentat de Subscrisa nu se regăsește reprezentarea grafică a arhitecturii Stației și Depoului Valea Ialomiței.

(93) Lipsa dintr-un singur desen a unui element regăsit în mod neechivoc în restul ofertei are doar semnificația unui viciu de formă, ce a fost corectat prin răspunsul la clarificări.

(94) Sub nicio formă nu poate fi reținută "modificare nepermisă" a propunerii tehnice, fiind evidentă existența unei omisiuni/abateri minore (fără relevanță asupra modificării prețului ofertat) sau chiar a unui viciu de formă.

(95) De asemenea, raportat la pretinsa neconformitate a arhitecturii sistemului din pricina nereprezentării saboților de deraiere, M\_\_\_\_\_\_\_ nu a solicitat prin documentația de atribuire decât detalierea elementelor principale: semnale, electromecansime, numărătoare de osii, nereprezentând nici măcar ea „Elementele de Câmp" (saboții) în Anexa nr. 19 Schema de principiu - parte integrantă a documentației de atribuire.

(96) Obligația de detaliere a modului de respectare a cerințelor din Caietul de Sarcini nu poate fi interpretată în sensul că ofertantul ar fi trebuit să răspundă și altor cerințe decât cele conținute în mod expres în Caietul de Sarcini, cât timp legea impune clar ca orice cerință, specificație sau criteriu trebuie prezentate în mod clar si neechivoc în documentația de atribuire.

( 97) Sabotul de deraiere face parte integrantă din Interlocking și este unul dintre elementele de teren, respectiv dintre semnale, electromecanisme, numărătoare de osii. Acestea au fost reprezentate în mod clar și fără dubiu în arhitectura sistemului prin elementul (dreptunghi galben) notat cu „Field Elements" .

(98) Din cadrul componentelor de Interlocking, Entitatea Contractantă a cerut detalierea numai a anumitor părți ale elementelor din teren, respectiv semnale,electromecanisme, numărătoare de osii, care au fost date în detaliu în cadrul general al Elementelor de Câmp („Field Elements").

(99) Saboții de deraiere au fost asumați și indicați de către Subscrisa ca fiind parte integrantă a ofertei la capitolul Interlocking, ca atare M\_\_\_\_\_\_\_ nu ar fi trebuit să respingă oferta pentru acest aspect.

(100) Pentru aceste motive, interpretarea și aplicarea de către instanța de fond a dispozițiilor relative la modificarea ofertei este vădit nelegală.

6. Instanța a încălcat prevederile art.164, 165 alin. (1), 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, principiul transparenței și principiul tratamentului egal și loial față de toți participanții la procedura de achiziție publică, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 99/2016 și de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 Cod proc. civ.

(101) Entitatea contractantă este obligată să stabilească criterii de selecție clare și să nu modifice în procedura de evaluare a ofertelor criteriile stabilite de ea însăși (art. 164, 165 alin. (1), 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016).

(102) Prin Anexa 1 la cererea de recurs, care face parte integrantă din calea de atac, redăm punctual fiecare aspect tehnic din cele 17 și motivele pentru care M\_\_\_\_\_\_\_ a încălcat obligația de transparență și a utilizat procedura solicitării de clarificări nu pentru a maximiza concurența, ci pentru a găsi pretexte de a ne înlătura de la procedura concursuală de achiziție publică.

(103) Față de faptul că instanța de fond a antamat doar câteva din motivele tehnice de neconformitate (deși nu le-a analizat propriu-zis), ne vom referi expres în această secțiune doar la acestea, arătând normele încălcate.

(104) Preliminar, arătăm că potrivit jurisprudenței Curții, instanțele naționale trebuie să stabilească ele însele, în baza situației de fapt dacă autoritatea contractantă:

- a respectat cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (Regula nr. 1),

- a stabilit ex post detalii, criterii, specificații, coeficienți neprevăzuți în documentația de atribuire (Regula nr. 2), a modificat criteriile de atribuire a contractului definite în caietul de sarcini sau în anunțul de participare , încălcând astfel principiile transparenței și ale publicității (Regula nr. 3),

- a adăugat ulterior elemente care, în cazul în care ar fi fost cunoscute la momentul pregătirii ofertelor, ar fi putut influența această pregătire (Regula nr.4),

- a respectat obligația de transparență în lumina principiului egalității de tratament prin facerea cunoscută către toți ofertanții la momentul pregătirii ofertelor proprii a tuturor elementele luate în considerare pentru identificarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic și a importanței relative a acestora (Regula nr. 5),

- a formulat solicitări sau a întreprins măsuri în considerarea unor elemente susceptibile să aibă un efect discriminatoriu în privința unuia dintre ofertanți (Regula nr. 6),

- a respectat regula potrivit căreia autoritățile nu pot descalifica o ofertă care ar fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini atunci când (Regula nr. 7),

- cererea de clarificare trebuie să privească toate aspectele ofertei care sunt imprecise sau neconforme cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, fără ca autoritatea contractantă să poată înlătura oferta pentru lipsa clarității unui aspect al acesteia care nu a făcut obiectul unor astfel de cereri (Regula nr. 8),

- a adresat solicitări ambelor ofertanți în mod echivalent (Regula nr. 9),

- nu a negociat oferta cu ofertantul declarat câștigător , A\_\_\_\_\_, în aplicarea unor standarde mult mai laxe de evaluare (Regula nr. 10),

- nu a descalificat ofe rta pentru erori materiale (Regula nr. 11).

Hotărârea din data de pronunțată la data de 29 martie 2012 în cauza C-599/10, SAG Slovensko a.s. și alții, paragraful 37 : A permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica astfel riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament.

(105) Din aplicarea acestor norme și reguli la modalitatea de evaluare a ofertei prin sistemul de solicitări de clarificări echivoce rezultă că instanța de fond nu a avut în vedere aceste norme și reguli când a soluționat contestația.

(106) Dacă ar fi analizat dosarul, ar fi observat că solicitările de clarificare au fost formulate prin utilizarea anumitor termeni, însă în evaluarea răspunsului și-a schimbat punctele de referință, reproșând că nu se răspunde la o nouă solicitare sugerată prin raportul de analiză.

(107) Oferta tehnică depusă de S\_\_\_\_\_\_ SRL a fost respinsă nu pentru neîndeplinirea cerințelor exprese din Caietul de Sarcini, ci pentru neîndeplinirea unor interpretări extensive, imprevizibile și contradictorii a acestor Cerințe.

(108) Din compararea celor 4 elemente relevante, respectiv caietul de sarcini - oferta S\_\_\_\_\_\_ SRL - solicitările de clarificări - răspunsurile la acestea, rezultă că M\_\_\_\_\_\_\_ SA a încălcat toate aceste reguli și a abuzat de solicitările de clarificări în detrimentul Subscrisei.

(109) Este vădit nelegală impunerea obligației de furnizare detalii suplimentare (de ex., pct. 1. 2. 3. 4. 6. 13-17 din Comunicarea din data de 23.11.2017) ce exced cerințelor MINIMALE, astfel cum sunt menționate în Fișa de date, la care S\_\_\_\_\_\_ SRL a răspuns în mod efectiv.

(110) Prin faptul că M\_\_\_\_\_\_\_ a respins oferta ca neconformă pentru că nu am furnizat detalii ce nu se solicitau expres, a încălcat expres obligația de transparență de care este ținută orice autoritate contractantă.

(111) Astfel, instanța s-a pronunțat succint pe pct. din Comunicarea M.03.04.01/317/23.11.2017. O să ne referim la aceste în ordinea în care le-a analizat instanța de fond.

A. Cerința privind mecanismul de acționare a macazurilor si saboților de deraiere

B. Semnalele de manevră

C. Cerința privind tablourile de distribuție a energiei (TIP)

D. Cerința privind posibilitatea de extindere a sistemului cu minim15%

E. Cerința privind timpul de comutare a sensurilor de mers

F. Cerința privind afișarea pozițiilor trenurilor la dispeceratul energetic

(158) Având în vedere că datele necesare afișării circulă sub forma unor mesaje între calculatoare, Subscrisa am răspuns în mod precis, indicând modalitatea prin care informațiile privind poziția trenurilor vor fi trimise pentru a fi afișate în sala Dispeceratului Energetic.

(159) Astfel, în mod maxim posibil, Subscrisa poate fi considerată vinovată de faptul că a interpretat solicitarea de clarificări într-un mod mai complex, răspunzând ca atare, și de faptul că nu se aștepta că, în realitate, Entitatea dorea confirmarea faptului că se va instala un anumit monitor.

(160) Apreciem că, cu toate mijloacele posibile, Comisia de Evaluare a încercat prin întrebări care permiteau mai multe înțelesuri/interpretări, precum și prin răstălmăcirea răspunsurilor primite, să creeze contextul în care să considere clarificările neconcludente și, implicit, oferta Subscrisei inadmisibilă.

(161) însă, în contextul noii legi a achizițiilor publice, astfel de conduite și tertipuri nu pot avea loc, legea prevăzând în mod clar obligația Comisiei de Evaluare de a se asigura că ofertele sunt evaluate corespunzător și că nu este eliminată vreuna fără a i se da posibilitatea reală ofertantului de a clarifica conținutul ofertei.

(162) Astfel, în măsura în care considera că nu e clar dacă Subscrisa îi va pune la dispoziție un monitor care să afișeze întreaga magistrală 5, întrebarea Entității Contractante trebuia să fie clară și precisă în acest sens. Așa cum a fost pusă, întrebarea conduceala concluzia că se dorește detalierea mecanismului de funcționare software care va asigura afișarea informațiilor solicitate la locația respectivă.

(163) în acest caz, instanța a încălcat jurisprudența CJUE, care în hotărârea pronunțată în cauza

(164) în ce privește tratamentul egal, considerăm că transmiterea unei solicitări în plus ofertantului A\_\_\_\_\_ este un indiciu suficient pentru a susține încălcarea tratamentului egal în faza solicitării de clarificări.

7. Instanța a încălcat principiul egalității de tratament și prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 - motiv de casare prevăzut de art. 488 pct. 8 Cod proc. civ.

(165) Jurisprudența constantă CJUE statuează obligația autorității contractante de respectare a principiului egalității de tratament al ofertanților, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice.

(166) Conform art. 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016:

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

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

(167) S\_\_\_\_\_\_ SRL și A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă menționată [1] .

(168) Tratamentul egal și loial a fost încălcat prin transmiterea de solicitări de clarificare suplimentare către ofertantul A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA la data de 13.11.2017 și acordarea acestui ofertant a mai multor șanse de lămurire a aspectelor neclare.

(169) Gradul de exigență aplicat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ a fost extrem de ridicat, acestuia imputându-i-se:

❖ prezentarea/descrierea insuficient de detaliată a unor echipamente/ sisteme secundare, periferice (față de care nici nu exista o asemenea cerință în Caietul de Sarcini);

❖ includerea în ofertă a unor specificații tehnice care, potrivit chiar Caietului de Sarcini, nu erau disponibile, urmând a fi stabilite de comun acord cu beneficiarul doar în faza ulterioară a proiectării;

❖ nelămurirea prin primul răspuns de clarificare a tuturor neclarităților Comisiei doar în baza unor solicitări generale și echivoci, neclaritățile Comisiei nefiind precizate în mod concret;

❖ remedieri a unor vicii de formă minore, Comisia de Evaluare stabilind, fără nicio analiză, că ar fi existat modificări nepermise ale ofertei.

(170) În evaluarea propunerii financiare a adjudecatarului, M\_\_\_\_\_\_\_ a transmis 6 (ȘASE!) solicitări de clarificare la următoarele date: 04.12.xxxxxxxxxxxxxx17. 08.01.xxxxxxxxxxxxxx18. 30.01.xxxxxxxxxxxxxx18. Față de numărul mare al acestor solicitări, este evident că standardele de exigență indicate mai sus nu au fost aplicate în aceeași măsură.

(171) În Hotărârea din 29 martie 2012 pronunțată în cauza C-599/10, SAG Slovensko, CJUE a fixat faptul că în exercitarea dreptului de a solicita clarificări autoritatea contractantă trebuie să trateze egal ofertanții și să nu îi avantajeze pe ceilalți:

41 în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferiții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări.

42 Pentru a da un răspuns util instanței de trimitere, trebuie să se adauge că solicitarea de clarificare a ofertei nu poate interveni decât după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor (a se vedea în acest sens Hotărârea Lombardini si Mantovani, citată anterior, punctele 52 si 53)-

43 Pe de altă parte, această cerere trebuie adresată în mod echivalent tuturor întreprinderilor care se află în aceeași situație, în lipsa unui motiv verificabil în mod obiectiv de natură să justifice un tratament diferențiat al candidaților în această privință, în special atunci când este necesar. în orice caz, în raport cu alte elemente, ca oferta să fie respinsă.

44 în plus, cererea menționată trebuie să privească toate aspectele ofertei care sunt imprecise sau neconforme cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini fără ca autoritatea contractantă să poată înlătura oferta pentru lipsa clarității unui aspect al acesteia care nu a făcut obiectul acestei cereri. [...]

Articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune unei dispoziții de drept național, precum articolul 42 alineatul 2 din Legea nr. 25/2006, potrivit căreia, în esență, autoritatea contractantă poate să solicite în scris candidaților să își clarifice oferta fără să solicite totuși sau să accepte vreo modificare a ofertei. în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferiții candidați în mod egal si loial astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări.

(172) În condițiile în care NU am avut accesul la documentele de evaluare a ofertei A\_\_\_\_\_, deși există indicii rezonabile că acesta a fost avantajat față de Subscrisa, circumstanțele cauzei reclamă analiza acestor înscrisuri de Subscrisa pentru a vedea dacă M\_\_\_\_\_\_\_ a avut aceeași abordare echivocă în relația cu concurentul nostru.

Intimata-pârâtă, autoritatea contractantă M\_\_\_\_\_\_\_ SA a formulat întâmpinare, înregistrată la data de 28.09.2018, solicitând respingerea recursului, ca neîntemeiat și nefondat.

Motivare: CIRCUMSTANTIEREA SITUAȚIEI DE FAPT :

M\_\_\_\_\_\_\_ S.A., potrivit dispozițiilor Legii nr. 99/2016 privind achizițiile publice sectoriale, a organizat procedura de „licitație deschisă", pentru atribuirea contractului având ca obiect „Sistemul de siguranță și automatizare a traficului inclusiv echipamentul de siguranță îmbarcat pe tren și sistemul de informare dinamică (inclusiv sonorizare) - Magistrala 5. Drumul Taberei-P\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Secțiunea Râul Doamnei-Eroilor (PS-Operă), inclusiv Stația și Depoul Valea Ialomița"- Coduri CPV: Cod CPV: xxxxxxxx-8- Echipament feroviar, xxxxxxxx-9- Sisteme de monitorizare a trenurilor, xxxxxxxx-8- Pachete software și sisteme informatice, xxxxxxxx-6 - Sisteme de informare și servere, xxxxxxxx-2- Sistem de informare in timp real a pasagerilor.

Această procedură a fost demarată prin publicarea în data de 30.05.2017, în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de participare cu nr. xxxxxx / 30.05.2017 și în JOUE cu nr. 2017/S 103-xxxxxx/31.05.2017.

In termenul limită de depunere a ofertelor - 28.08.2017 ora 16.00 - au depus ofertă în SE \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_:

- A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ S.A. (România), cu subcontractantul declarat UTI G\_\_\_ S.A. și terț susținător privind susținerea tehnică și profesională A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ S.A. (Franța)

- S\_\_\_\_\_\_ S.R.L., cu subcontractanți declarați IMSAT S.A. și S\_\_\_\_\_\_ RAIL AUTOMATION S.A.U. și terț susținător S\_\_\_\_\_\_ RAIL AUTOMATION S.A.U.

In urma analizării celor două oferte depuse, în ceea ce privește oferta depusă de către recurenta reclamantă S\_\_\_\_\_\_ S.R.L., concluzia analizei efectuate de către comisia de evaluare asupra propunerii tehnice depuse și a răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise de S\_\_\_\_\_\_ S.R.L. a fost că, nu sunt îndeplinite în mod corespunzător toate cerințele precizate în Caietul de sarcini, iar în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (3), lit. a) din HG 394/2016, oferta a fost declarată neconformă.

Astfel, la data de 19.12.2017, pe rolul Tribunalului București Secția a II a C\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Administrativ și Fiscal a fost înregistrată contestația formulată de către S\_\_\_\_\_\_ S.R.L., acțiune care a făcut obiectul dosarului nr. XXXXXXXXXXXX și în cadrul căruia M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. a statuat în calitate de pârât, A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ S.A. în calitate de intervenient, prin intermediul căreia contestatoarea a solicitat

„ (1) să dispuneți anularea Raportului Procedurii de Atribuire și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente incidente ori conexe acestuia emise de Entitatea Contractantă (inclusiv Comunicarea Rezultatului Procedurii adresat Subscrisei și a comunicărilor rezultatului Procedurii adresate celorlalți ofertanți, inclusiv comunicarea refuzului de a adopta măsuri de remediere) în ceea ce privește evaluarea ofertei Subscrisei și declararea acesteia ca neconformă;

(2) să dispuneți reluarea evaluării ofertei Subscrisei cu consecința constatării caracterului conform și acceptabil al acesteia;

(3) ..."

In urma soluționării cauzei, instanța de fond s-a pronunțat în sensul „ Respinge cererea privind pe reclamanta S\_\_\_\_\_\_ SRL ... în contradictoriu cu pârâta M\_\_\_\_\_\_\_ intervenienta A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA având ca obiect litigiu privind achizițiile publice. Admite cererea de intervenție accesorie privind intervenienta A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA ...cu drept de recurs în 10 zile de la comunicare ..."

Soluție pe care M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. o apreciază ca fiind temeinică și legală având în vedere motivele ce vor fi dezvoltate pe larg pe parcursul prezentei întâmpinări.

-II- CRITICI ASUPRA MOTIVELOR DE NELEGALITATE INVOCATE DE CĂTRE RECURENTA RECLAMANTĂ PRIN ACȚIUNE:

1. Cu privire la încălcarea prevederilor stabilite prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, Legea nr. 99/2016, HG nr. 394/2016, jurisprudență CJUE (Motiv 1) „ ... refuzul de a acorda acces la dosarul achiziției publice este motivat necorespunzător... " (Motiv 2) „ încheierea din data de 23 aprilie 2018 este nelegală... " (Motiv 3) recurenta reclamantă încadrând motivul de casare pe dispozițiile art. 488 pct. 5 și 6 Cod de procedură civilă. (n.n. pag. 7-12 din cererea de recurs)

Prin acțiunea formulată, recurenta reclamantă învederează instanței de control judiciar faptul că, încheierile din datele 26.03.2018 respectiv 23.04.2018 ar fi fost pronunțate cu încălcarea prevederilor art. 13 Cod procedură civilă, aspecte care în opinia subscrisei sunt complet nefondate cât timp, dreptul la apărare al recurentei a fost pe deplin garantat, în sensul că acesteia i-a fost acordată posibilitatea de a lua la cunoștință de cuprinsul dosarului, să propună probe, să își facă apărări, să își prezinte susținerile în scris și oral precum și posibilitatea exercitării căilor legale de atac, aspecte confirmate chiar de documentele depuse de către recurentă pe parcursul judecății în fond a cauzei cât și din încheierile de ședință și prin sentința atacată.

Mai invocă recurenta o așa zisă încălcare a art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului precum și o presupusă încălcare a prevederilor art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, totuși dispozițiile mai sus invocate și astfel cum acestea au fost definite, arată în mod evident și întăresc faptul că, hotărârea instanței de fond este temeinică și legală, având în vedere că această sentință, astfel cum a fost pronunțată în mod public și motivată, a arătat modul echitabil a cursului judecății, aceasta desfășurându-se în conformitate cu toate aspectele imperative stabilite prin articolul sus menționat. (n.n. în mod public și în termen rezonabil, de către o instanță independentă și imparțială)

În același timp, recurenta reclamantă înțelege să se raporteze și la dispozițiile art. 231 alin. (1) și (4) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu referire la caracterul public al dosarului de achiziție, omițând a aduce la cunoștința instanței de control faptul că, la acel moment, procedura de achiziție nu era finalizată, fiind încă în desfășurare procesul de evaluare a ofertelor, iar conform prevederilor legale menționate, dosarul achiziției publice nu avea caracter de document public.

Mai mult decât atât, potrivit alin. (5) al aceluiași articol, se specifică în mod clar faptul că, accesul persoanelor la dosarul achiziției sectoriale potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale\* clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Or, în ceea ce privește documentele depuse de către subscrisa și care au îmbrăcat acest caracter confidențial au avut ca element de bază, declarația de confidențialitate a celuilalt participant la procedură, respectiv A\_\_\_\_\_ Tansport S.A., astfel fiind pe deplin complinite cerințele stabilite prin art. 129 alin. (1) din HG 394/2016.

Cât privește încălcarea jurisprudenței CJOUE, menționată de către recurentă, învederăm onoratei instanțe de control judiciar faptul că, instanța de fond, în motivarea sentinței atacate s-a prevalat de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, invocând în mod corect temeinic și legal „... (Hotărârea din 29.03.2012 în cauza C-599/10, hotărârea din 11.05.2017 în cauza 131/2016, cauza C-336/12) ..." (n.n. ase vedea pag. 14 paragraf 2 din sentința atacată)

Față de cele ce preced și luând în considerare încadrarea recurentei reclamante a acestui motiv de casare pe prevederile art. 488 pct. 5 Cod de procedură civilă, rugăm onorata instanță de judecată să constate caracterul nefondat al aspectelor venite în susținerea acestuia.

De altfel, pentru ca acest „motiv de casare" să întrunească elementele astfel cum acestea sunt prevăzute de dispozițiile punctului 5 al art. 488 Cod de procedură civilă, recurenta ar fi trebuit să identifice și ulterior să dovedească care sunt acele norme procedurale încălcate, fie ele cu caracter de ordine publică ori cu caracter de ordine privată,

Or, din cele expuse mai sus, motivele venite în susținerea acestuit motiv de casare sunt nefondate și pe cale de consecință solicităm onoratei instanțe de control judiciar să-1 respingă ca fiind neîntemeiat și nefondat.

În ceea ce privește încadrarea recursului pe dispozițiile art. 488 alin. (6) Cod de procedură civilă, în sensul că instanța de fond ar fi motivat în mod necorespunzător refuzul de a acorda acces la dosarul achiziției publice,

Aducem la cunoștința onoratei instanțe de control că instanța de fond prin încheierea de ședință din data de 23.04.2018, temeinic și legal a reținut faptul că, în raport de „...obiectul și motivul contestației tribunalul consideră că proba nu este pertinentă, concludentă și utilă cauzei și nu duce la soluționarea procesului oferta financiară având în vedere că nu aceasta este contestată ci oferta tehnică. ..." (n.n. a se vedea penultimul paragraf din încheierea din data de 23.04.2018)

Astfel că, instanța de judecată va observa că încă din petitul acțiunii care a făcut obiectul judecății în fond a prezentei cauze, recurenta a vizat aspecte care urmăreau anularea Raportului Procedurii de Atribuire cu consecința evaluării ofertei S\_\_\_\_\_\_ ca urmare a declarării acesteia ca neconformă, fapt ce confirmă că reținerile instanței de fond, astfel cum mai sus au fost indicate sunt temeinice și legale.

Este absurd a încerca încadrarea acestui așa zis motiv de recurs pe dispozițiile art. 488 alin. (6) Cod de procedură civilă, având în vedere că acest temei urmărește dacă hotărârea nu cuprinde motivele pe care se întemeiază sau cuprinde motive contradictorii ori numai motive străine cauzei,

Or, raportat la considerentele instanței de fond astfel cum acestea au fost reținute la pagina 12 din hotărârea atacată, instanța de fond nu doar că întemeiază și motivează hotărârea, aceasta este pe deplin argumentată, fără a putea fi identificate motive contradictorii și străine de natura cauzei,

Astfel că, temeinic și legal a reținut instanța de fond incidența dispozițiilor art. 230 alin. 1 și 4 din legea 99/2016 invocate de către subscrisa și mai mult decât atât, instanța de fond, în pronunțarea hotărârii a apreciat ca incidente și prevederile art. 231 alin. (4), (5), (6) din Legea 99/2016,

Având totodată în vedere și hotărârea din data de 14.02.2008 a CJOUE în cauza 450/36 Varec S.A. contra Belgiei, în condițiile în care la dosarul cauzei există declarația de confidențialitate a ofertantului A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ S.A. și prin intermediul căreia aceștia din urmă au stabilit ca întindere, propunerea tehnică în integralitatea acesteia, (iun. fila 2 paragraf 2 din încheierea din data de 23.01.2018)

Față de cele ce preced este indubitabil faptul că, aspectele venite în susținerea încadrării celor invocate de către reclamantă în condițiile art. 488 alin. (6) Cod de procedură civilă sunt nefondate, recurenta nereușind să dovedească existență unei vătămări care să atragă incidența acestor dispoziții, neputând fi pusă în discuție lipsa bazei legale în raport de acest aspect.

De altfel, hotărârea ar fi devenit casabilă doar dacă s-ar fi putut identifica o contradicție între considerente și dispozitiv (n,n. ceea ce nu este cazul în prezenta cauză) si nici considerente contradictorii în hotărâre, în sensul că din unele rezultă temeinicia pretențiilor supuse judecății, iar din altele să reiasă netemeinicia acestora,

Astfel că, solicităm onoratei instanțe de control judiciar să respingă și această încercare a recurentei reclamante de a încadra recursul pe dispozițiile mai sus menționate, ca urmare a caracterului nefondat al acesteia.

În ceea ce privește depunerea înscrisurilor constând în oferta financiară formulată de S\_\_\_\_\_\_ S.R.L., precizăm faptul că, acesta solicitare nu are un caracter relevant, cât timp contestația așa cum a fost formulată a vizat aspecte pur tehnice, astfel că acesta probă nu ar fi fost utilă soluționării cauzei,

Sens în care, motivele invocate de către recurentă prin acțiune în susținerea prezentului motiv de recurs, apreciem că din nou ne aflăm în fața unor simple alegații nefondate și neîntemeiate și care nu se circumscriu în condițiile imperative ale art. 488 pct. 5 și 6 Cod de procedură civilă,

Fapt pentru care, solicităm respingerea acestuia ca fiind neîntemeiat și nefondat, aspect confirmat chiar de către recurentă prin cel de al 4- lea motiv de casare, unde aceasta precizează clar faptul că, în aprecierea acesteia sentința nu ar fi legală ca urmare a nemotivării acesteia în raport de cele 17 aspecte tehnice de neconformitate pe care le-a contestat.

2. Cu privire la „ nemotivarea sentinței " (Motiv 4) recurenta reclamantă încadrând motivul de nelegalitate pe dispozițiile art. 488 pct. 6 Cod de procedură civilă (tun. pag. 13-16 din cererea de recurs).

Arată recurenta reclamantă că instanța de fond ar fi analizat expres și superficial cele 17 aspecte de neconformitate pe care aceasta le-a contestat (n.n. și care reprezintă de fapt obiectul prezentului litigiu), invocând în acest sens dispozițiile art. 488 alin. (6) Cod de procedură civilă, în sensul că acesta sentință ar fi nemotivată, aprecieri complet nefondate și neîntemeiate, fiind evident faptul că, în pronunțarea hotărârii instanța de fond s-a aplecat asupra tuturor celor 17 aspecte tehnice de neconformitate și în raport de care oferta recurentei a fost respinsă de către comisia de evaluare.

Astfel că, onorata instanță de control judiciar poate observa că în motivarea sentinței, instanța de fond a reținut în mai multe rânduri aspecte privitoare la aceste 17 neconformități, consemnând atât prin încheiere cât și prin sentința atacată atât reținerile subscrisei, ale intervenientului și în primul rând susținerile recurentei reclamante, considerentele instanței de fond vizând în mod efectiv toate concluziile părților implicate în proces.

De altfel, corect a reținut instanța de fond că subscrisa a transmis recurentei reclamante că în urma evaluării, propunerea tehnică a fost declarată neconformă, fiindu-i transmise motivele concrete pentru care aceasta a fost respinsă, în acest sens fiind solicitate un număr de 110 de clarificări, iar la 17 din acestea subscrisa fiind în imposibilitatea înlăturării elementelor de neconformitate, Tribunalul constatând că această comunicare a îndeplinit toate condițiile de formă și de fond ale unui act administrativ „ ... raportat la specificul său de act emis în conformitate cu art. 227 din Legea nr. 99/2016, precum și cu art. 72 alin. 2 și 3 din H.G. nr. 394/2016." (n.n. pagina 12 ultimul paragraf din hotărârea atacată)

Mai mult decât atât, instanța de fond a constatat ca rezultatul evaluării propunerii tehnice este suficient și complet motivat având în vedere că „ ... pentru fiecare din cele 17 motive de neconformitate , comisia de evaluare a prezentat explicații concrete, suficiente și complete, detaliate ... " .

De asemenea, Tribunalul a reținut și faptul că, subscrisa a analizat oferta tehnică a recurentei și răspunsurile la cele 110 întrebări de clarificare într-un mod serios, cu bună credință și cu respectarea interesului public, fapt rezultat din actele depuse la dosarul cauzei „ ... concluziile din aceste acte având la bază o evaluare amănunțită și profesionistă a modalității de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse prin documentația de atribuire, fiind acceptate 93 din răspunsurile la clarificări, restul de 17fiind respinse. ", fără a avea la bază o evaluare discriminatorie, aspecte susținute chiar prin concluziile experților cooptați. (n.n. pagina 13 ultimul paragraf din hotărârea)

Concluziile instanței de fond în raport de aceste 17 motive de neconformitate sunt pe deplin motivate, aceasta temeinic și legal constatând că „ ... pârâta a realizat o evaluare corectă a propunerii tehnice a reclamantei și a răspunsului la clarificări, întrucât reclamanta nu a demonstrat îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini" (n.n. pagina 14paragraf 6 din hotărâre) reținând totodată și faptul că, „ ... tribunalul constată că, întrucât prin propunerea tehnică depusă și răspunsurile de clarificare prezentate, reclamanta nu a demonstrat îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini, în mod corect și legal, pârâta a declarat oferta tehnică a reclamantei, ca fiind neconformă ..."

Mai mult decât atât, în motivarea sentinței, Tribunalul București a reținut și faptul că, propunerile tehnice depuse de către cei doi participanți în cadrul procedurii de atribuire, au fost supuse spre analiză și de către experții tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare, care la rândul lor au întocmit mai multe rapoarte de evaluare și care vizau modalitatea de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini, în raport de propunerile tehnice și răspunsurile la clarificări transmise de ofertanți, concluziile experților stând la baza hotărârii adoptate de comisia de evaluare. (n.n. pagina 12 paragraf 1 din hotărâre)

In ceea ce privește afirmația recurentei reclamante în sensul că, motivarea ar fi „abstractă", indicând în acest sens dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) Cod de procedură civilă, de asemenea apreciem că ne aflăm în fața unor simple aprecieri neîntemeiate și nefondate, în opinia subscrisei, așa cum mai sus am arătat, instanța de judecată învestită cu soluționarea în fond a acestei cauze, a supus analizei toate cererile părților implicate, concluziile acesteia fiind pe deplin motivate și întemeiate.

In același timp, subscrisa apreciază că motivarea unei hotărâri judecătorești, considerentele propriu-zise reținute în conținutul acesteia, reprezintă modul logic prin care judecătorul arată deplina concordanță între soluția pronunțată și realitate, condițiile imperative ale acestui temei fiind împlinite, hotărârea cuprinzând aspecte ce fac trimitere în mod evident la obiectul cererii, susținerile pe scurt ale părților implicate în proces, expunerea situației de fapt reținută de către instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, fiind arătate totodată motivele pentru care au fost admise /respinse cererile părților.

Mai mult decât atât, este lesne de observat că această hotărâre astfel cum a fost motivată este clară, precisă și necontradictorie rezultând tară echivoc justețea acesteia, motivarea conținând răspunsul precis în raport de capetele de cerere ale recurentei precum și în raport de toate apărările formulate, pe baza tuturor probelor administrate în cauză, a argumentelor și raționamentelor juridice.

3. Cu privire la „ Sentința este nelegală fiind dată cu încălcarea prevederilor art. 140 alin. (5) și (6) din HG 394/2016 ..." (Motiv 5) recurenta reclamantă încadrând motivul de casare pe dispozițiile art. 488 pct. 8 Cod de procedură civilă, (n.n. pag. 16-20 din cererea de recurs)

Prin invocarea acestui așa zis acest motiv de casare, recurenta reclamantă încearcă să deturneze atenția instanței de control judiciar de la faptul concret și pentru care oferta' acesteia a fost respinsă sub aspecte de neconformitate (n.n. cele 17 motive de neconformitate) , instanța de fond corect reținând faptul că „ ... îndreptarea acestora nu ar schimba cu nimic concluzia comisiei de evaluare cu privire la neconformitatea ofertei tehnice."

Or, raportat la condițiile imperative ale art. 488 pct. 8 Cod de procedură civilă subscrisa apreciază ca acestea nu sunt incidente în raport de cele mai sus invocate, aprecierile recurentei neputându-se identifica cu o încălcare a normelor de drept material de către instanța de fond în pronunțarea hotărârii.

Cât privește aspectele venite în susținerea acestui „motiv", din nou ne aflăm în fața unor simple aprecieri, fiind reiterate aspecte ce privesc fondul litigiului și nu pot face obiectul prezentului recurs, totuși pentru o cât mai bună înțelegere și subscrisa va reitera o \_\_\_\_\_\_\_\_ aspecte prezentate de altfel și în fața instanței de fond, respectiv - în ceea ce privește cerința privind echipamentul ATc îmbarcat

Comisia de Evaluare trebuia să se asigure că montajului echipamentelor ATC îmbarcate se regăsește în oferta tehnica depusă de S\_\_\_\_\_\_.

In Caietul de sarcini avem cerința: „ Cade in sarcina ofertantului sistemului ATC îmbarcat:

• definirea si asigurarea interfațării cu echipamentul de la bordul trenului (împreună cu furnizorul de material rulant pentru trenurile noi și împreună cu M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. și furnizorul de mentenanță pentru trenurile de tip BMdin parcul existent);

• montajul tuturo r echipamentelor A TC;

• responsabilitatea pentru realizarea compatibilizării între cele două sisteme."

Pentru a se clarifica, Comisia de Evaluare a pus întrebarea de clarificare nr. 56 din data de 29.09.2017:

56) Lista de cantități de lucrări 5.01.AUT1.1SSAT.99-LL.001 - ECHIPAMENTUL DE SIGURANȚĂ ÎMBARCAT PE TREN -OBIECTUL 99^ - Faza 2 și lista de cantități aferentă montajului echipamentelor 5.01 .AUT1.1SSAT.99-LM.001 - ECHIPAMENTUL DE SIGURANȚA ÎMBARCAT PE TREN - OBIECTUL 99 - Faza 2, nu au fost regăsite. Să se clarifice de ce, având în vedere că montajul echipamentelor de siguranță îmbarcate cade în sarcina contractantului.

Răspunsul ofertantului:

Ne cerem scuze pentru eroarea materială apărută și vă confirmăm că montajul echipamentelor de siguranță îmbarcate este în sarcina contractantului. Aceste liste au fost trecute dintr-o eroare materială la Faza I. De aceea, ne cerem scuze și pentru o mai bună înțelegere, vă rugăm să regăsiți mai jos aceste liste.

Se constată că, în răspunsul de clarificări al ofertantului apare lista 5.01 .AUT1.1 SSAT.99-LL.001 - ECHIPAMENTUL DE SIGURANȚĂ ÎMBARCAT PE TREN- OBIECTUL 99 - Faza 2, care este goală.

Având în vedere că montajul cablurilor necesare conectării echipamentelor îmbarcate este în sarcina ofertantului, aceste cabluri trebuia să fie incluse în această listă. Listele cu cantități de lucrări de genul „LL" conține toate cablurile necesare conectări echipamentelor (S\_\_\_\_\_\_ cunoaște lucrul acesta, întrucât toate listele de lucrări pentru stații au fost completate cu cabluri care conectează echipamentele).

In propunerea tehnica a S\_\_\_\_\_\_ avem: „ Fiecare vagon final al unui vehicul este echipat cu OBCU Trainguard MT. Ambele unități OBCU sunt conectate după cum se arată în figura de mai jos.

După cum se vede in figura de mai sus, sunt necesare cabluri de conectate a unităților OBCU.

De menționat că distanța între unități este de aproximativ 115m, aceste cabluri trebuiau introduse în lista 5.01 .AUT1. 1SSAT.99-LL.001 - ECHIPAMENTUL DE SIGURANȚĂ ÎMBARCAT PE TREN- OBIECTUL 99 - Faza 2.

După cum se vede S\_\_\_\_\_\_ se referă în răspunsul său la lista 5.01 .AUT1. 1SSAT.99-XXXXXXXXXX.MTX.03 unde apare „instalare și montare unități îmbarcate buc 13 ". Ori, cum se observă din figura de mai sus din oferta tehnică a lui S\_\_\_\_\_\_, pentru echiparea unui tren sunt necesare DOUA unități, câte una pe fiecare cabină.

Pentru echiparea a 13 trenuri cum este cerut prin Caietul de Sarcini, sunt necesare 26 de unități îmbarcate, nu de 13 câte sunt trecute în răspunsul de clarificare.

în ceea ce privește cerința privind arhitectura sistemului CBTC și Depoul Valea Ialomitei

In ceea ce privește argumentele contestatoarei legate de constatarea comisiei de evaluare că în propunerea tehnică depusă nu se regăsește nici o referire la Arhitectura Stației și Depou Valea Ialomiței, iar prin răspunsul său S\_\_\_\_\_\_ SRL a completat oferta tehnică, atragem atenția că subscrisa nu a afirmat că această completare ar fi nepermisă sau că acest aspect ar constitui o neconformitate.

De asemenea, subscrisa nu a afirmat nicăieri că în propunerea tehnică nu există referințe privind Stația și Depoul Valea Ialomiței, ci a afirmat că nu este nici o referire la Arhitectura Stației și Depou Valea Ialomiței, ceea ce are o altă semnificație, diferită de cea pe care contestatoare, în mod tendențios, încearcă să o dea.

Conform caietului de sarcini „Arhitectura sistemului și echipamentele relevante folosite ca să asigure siguranța procesării, vor fi descrise cu claritate de Ofertant."

Astfel cum s-a comunicat prin adresa M\_\_\_\_\_\_\_ nr. M03.04.01/317/23.11.2017, s-a considerat că arhitectura privind stația și depoul Valea Ialomiței prezentată prin răspunsul de clarificare, nu este conformă cu cerințele caietului de sarcini întrucât nu au fost indicați saboții de deraiere ca fiind comandați și controlați de interlocking.

Astfel, cum am menționat anterior, includerea saboților de deraiere în arhitectura sistemului nu are legătură cu poziția lor exactă în teren, iar faptul că nu au fost evidențiați în arhitectura sistemului face imposibilă îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini de a fi comandate si controlate de interlocking.

Datorită făptuita că, saboții de deraiere nu au fost incluși în arhitectura sistemului, soluția propusă nu protejează linia curentă (zona unde circulă trenuri cu călători) de mișcările neautorizate ale trenurile aflate în depou sau pe linii de legătură astfel încât să se evite coliziunea dintre un tren cu călători și un tren scăpat din depou sau pe o linie de legătură.

Ofertantul nu trebuia să prezinte un proiect tehnic, însă principiile de funcționare în cadrul soluției propuse, respectiv în cadrul arhitecturii prezentate pentru sistemul CBTC trebuie să fie corecte.

Prin urmare, argumentele prezentate la acest punct de către contestatoare, sunt evident greșite și neîntemeiate.

4. Cu privire la „ Sentința este nelegală fiind dată cu încălcarea prevederilor art. 164,165 alin. (1), 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016.., prevăzute de art. 2 alin. (2) Ut. b) și d) din Legea 99/2016 și de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE." (Motiv 6) - recurenta reclamantă încadrând motivul de casare pe dispozițiile art. 488 pct. 8 Cod de procedură civilă. (n.n. pag. 20-29 din cererea de recurs)

Față de cele mai sus invocate, învederăm onoratei instanțe de control judiciar că cele menționate de către recurentă sunt aspecte evident nefondate și care nu se circumscriu dispozițiilor mai sus invocate.

Este evident faptul că, criteriile de selecție adoptate de către subscrisa au fost clare și nici nu au fost modificate, astfel cum insinuează recurenta reclamantă, aceste aprecieri nefiind probate, criteriile de selecție au fost stabilite în conformitate cu prevederile 9 specifice achizițiilor publice și la care de altfel recurenta reclamantă a avut acces ca orice alt participant la procedură.

Totodată, facem precizarea asupra faptului că, în ceea ce privește așa zisa obligație de transparență încălcată de subscrisa, în sensul că s-ar fi căutat pretexte care să conducă la înlăturarea din procedură a recurentei, pe de o parte sunt neîntemeiate și nefondate iar pe de altă parte sunt doar simple afirmații tendențioase.

Astfel, pentru ca M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. să asigure principiului transparenței, subscrisa a procedat în consecință, în sensul că a adus la cunoștința participanților a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire,

Și anume, prin publicarea în data de 30.05.2017, în Sistemul Electronic de Achiziții Publice a anunțului de participare cu nr. xxxxxx / 30.05.2017 și în JOUE cu nr. 2017/S 103-xxxxxx/ 31.05.2017 privind procedura de „licitație deschisă", pentru atribuirea contractului având ca obiect „Sistemul de siguranță și automatizare a traficului inclusiv echipamentul de siguranță îmbarcat pe tren și sistemul de informare dinamică (inclusiv sonorizare) - Magistrala 5. Drumul Taberei-P\_\_\_\_\_\_\_\_\_. Secțiunea Râul Doamnei - Eroilor (PS-Operă), inclusiv Stația și Depoul Valea Ialomiței"- Coduri CPV: Cod CPV: xxxxxxxx-8- Echipament feroviar, xxxxxxxx-9- Sisteme de monitorizare a trenurilor, xxxxxxxx-8- Pachete software și sisteme informatice, xxxxxxxx-6 - Sisteme de informare și servere, xxxxxxxx-2- Sistem de informare in timp real a pasagerilor.

De asemenea, M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. în vederea respectării acestui principiu, urmare finalizării etapei de verificare a DUAE, în conformitate cu prevederile legislației în vigoare, prin informările nr. M03.04.01/264/28.09.2017 respectiv nr. M03.04.01/265/28.09.2017 postate în SEAP, s-a adus la cunoștință fiecărui ofertant finalizarea acestei etape de verificare și trecerea la următoarea fază de verificare, respectiv verificarea propunerii tehnice.

Mai mult de cât atât, în conformitate cu prevederile Deciziei nr. 262/22.08.2017, respectiv a Deciziei nr. 306/20.09.2017 a Directorului General al M\_\_\_\_\_\_\_ SA cu privire la nominalizarea comisiei de evaluare și desemnarea experților cooptați, propunerile tehnice depuse în cadrul procedurii de atribuire de mai sus au fost analizate de experții tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare, care au întocmit rapoarte de evaluare ce au fost puse la dispoziția comisie de evaluare.

Observațiile/concluziile consemnate în cadrul rapoartelor de evaluare ale experților cooptați, au fost analizate de către membrii comisiei de evaluare, în baza acestora fiind întocmite listele de verificare ale comisiei de evaluare cu privire la modalitatea de îndeplinirea a cerințelor din caietul de sarcini, pentru propunerile tehnice depuse și răspunsurile de clarificări transmise de ofertanți.

In procesul de evaluare a propunerilor tehnice, au fost solicitate ambilor ofertanți clarificări privind propunerile tehnice depuse.

Cât privește procedura de solicitări de clarificări, arătăm onoratei instanțe de control judiciar faptul că, aceasta s-a făcut cu respectarea prevederilor art. 221 alin. 2 din Legea 99/2016,

(1) In cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului esal si transparentei.

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Prin urmare, comisia de evaluare are obligația de a stabili solicitările de clarificări astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procesului de evaluare a ofertelor și în raport cu rezultatul acestuia, că prin aceste solicitări de clarificare să fi favorizat sau defavorizat nejustificat unul dintre ofertanți.

De asemenea, prin solicitările de clarificări nu trebuie să se creeze un avantaj competitiv pentru respectivul ofertant, încălcându-se astfel principiul tratamentului egal față de ceilalți ofertanți.

In cadrul documentației de atribuire - Fișa de date a achiziției, Modul de prezentare a propunerii tehnice s-a precizat că „„Propunerea tehnică va fi întocmită astfel încât aceasta să prezinte detaliat modul în care sunt respectate punctual cerințele prevăzute în caietul de sarcini, acestea fiind considerate cerințe minimale, cu încadrare în graficul propus. Ofertantul va prezenta caracteristicile tehnice, parametrii si performantele funcționale pe care se angajează să le asigure prin propunerea tehnica, cu raportare la cerințele stabilite prin caietul de sarcini. [...] Ofertantul va descrie în detaliu modul de îndeplinire a fiecărei cerințe din caietul de sarcini si va exemplifica pe scheme funcționale. Ofertantul trebuie sa aiba în vedere ca nu se admit răspunsuri de tipul "DA, este oferit si realizat" sau copierea exacta a cerințelor din caietul de sarcini sau fisele tehnice, far a prezentarea detaliata a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe".

Prin urmare, ofertantul avea obligația de a prezenta detaliat modul în care sunt îndeplinite toate cerințele prevăzute în caietul de sarcini, respectiv modul în care vor fi realizate toate funcțiile pe care sistemul de siguranță a traficului propus de ofertant trebuie să le asigure.

Însă, urmare analizării propunerii tehnice depuse de S\_\_\_\_\_\_ SRL s-a constatat că nu se regăsește nicio precizare privind modul în care sunt îndeplinite anumite cerințe ale caietului și nici prin clarificările transmise nu sunt prezentate detalii de natură să demonstreze că soluția tehnică propusă de ofertant respectă cerințele solicitate prin caietul de sarcini sau că sunt îndeplinite toate cerințele din caietul de sarcini.

Față de cele ce preced este indubitabil faptul că, în ceea ce privește această procedură au fost respectate în totalitate principiile care guvernează o procedură de achiziție publică.

în ceea ce privește afirmația recurentei că oferta tehnică depusă ar fi fost respinsă nu pentru neîndeplinirea cerințelor exprese din caietul de sarcini, ci pentru neîndeplinirea unor interpretări extensive, imprevizibile și contradictorii, aspecte pe care le apreciem ca irelevante și nesusținute, cât timp oferta recurentei a fost respinsă sub aspecte de neconformitate și cu respectarea prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG 394/2016, toate aceste aspecte, care de altfel nu pot face obiectul unei cereri de recurs, sunt prezentate pe larg în acțiunea care a făcut obiectul judecății în fond a litigiului, unde instanța de control judiciar va putea observa că soluția instanței de fond este temeinică și legală.

Astfel că, prin hotărârea atacată instanța de fond în mod corect, temeinic și legal a apreciat că modul de formulare a solicitărilor de clarificări transmise de către subscrisa celor doi ofertanți s-a realizat în același mod, folosind același mijloc de exprimare, analiza răspunsurilor la clarificări efectuându-se într-un mod nediscriminatoriu fiind importante și concluziile experților cooptați. (n.n. pagina 14paragraf 3 din hotărâre)

A mai reținut tribunalul, de asemenea temeinic și legal faptul că, nu există „ ... niciun element care să semnaleze preferința arbitrară față de ofertantul declarat câștigător, gradul de exigență aplicat de către pârâtă în evaluarea ofertei reclamantei fiind egal cu cel aplicat în evaluarea ofertei intervenientei. " (n.n. pagina 14 paragraf 4 din hotărâre)

De menționat este și faptul că, în conformitate cu prevederile OUG nr. 30/2006, observatori desemnați din cadrul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) au monitorizat și verificat procesul de evaluare, fără a formula observații cu privire la desfășurarea acestuia.

Opinia observatorilor ANAP privind derularea procedurii de atribuire a fost înscrisă pe documentele întocmite de comisia de evaluare în derularea procesului de evaluare, precum și pe raportul procedurii de atribuire (conform prevederilor art. 18 din HG 921/2011 "Opinia UCVAP/CVAP asupra derulării procedurii de atribuire poate fi "cu observații", situație în care sunt descrise observațiile constând în neconformități neremediate, sau "fără observații", atunci când procedura de atribuire s-a desfășurat fără afectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică").

Mai face referire recurenta reclamantă la modul în care instanța de fond „ ... s-a pronunțat succint pe pct. din Comunicarea M.03.04.01/317/23.11.2017. O să ne referim la aceste în ordinea în care le-a analizat instanța de fond. ", precizări pe care de asemenea le apreciem ca fiind neîntemeiate și nefondate și care nu pot face obiectul prezentului recurs, având în vedere următoarele:

- în ceea ce privește cerința mecanismul de acționare al macazurilor:

Menționăm că instanța de fond corect a apreciat „ ... comisia de evaluare a pretins prin clarificări doar detaliile necesare prin care să se demonstreze că în ofertă există saboții de deraiere și mecanismul de acționare a lor întrucât acestea nu s-au găsit în listele de echipamente. " (n,n. pagina 14 ultimul paragraf din hotărâre)

De asemenea învederăm onoratei instanței de control faptul că, recurenta se află în continuare într-o eroare de interpretare în sensul că în documentația de Atribuire nu au existat niciun fel de cerințe privind mecanismul de acționare al saboților de deraiere.

Arătăm faptul că, în caietul de sarcini, atât la prezentarea stațiilor cât și la Sistem de siguranța traficului pentru Depoul Valea Ialomiței a fost specificată prezența saboților de deraiere.

Totodată, în caietul de sarcini există cerința clară „Mecanisme de acționare a macazurilor vor fi de tip talonabil cu o forță de talonare ajustabilă până la 10 km".

Această susținere a reclamantei nu poate fi înțeleasă decât ca o încercare de a masca lipsa unor elemente din ofertă, respectiv faptul că saboții de deraiere precum și mecanismele de acționare a lor nu s-au regăsit în listele de echipamente din ofertă.

- In ceea ce privește semnalele de manevră:

Temeinic și legal a apreciat instanța de fond „ ... ceea ce i se reproșează reclamantei de către comisia de evaluare este faptul că aceasta nu a reprezentat indicatoarele de direcție în cadrul semnalelor de manevră. " (n.n. pagina 15 paragraf 3 din hotărâre)

Insinuarea precum că semnalele Yl și Y2 au fost cerute de Entitatea Contractantă să fie semnale de manevră este neadevărată și denotă intenția contestatoarei de a induce in eroare onorata instanță de control, ofertanta nici în acest stadiu procesual nu indică unde anume în Caietul de sarcini se precizează că semnalele Yl si Y2 sunt cerute a fi semnale de manevră.

Mai mult decât atât, înainte de termenul de depunere a ofertelor S\_\_\_\_\_\_ a pus întrebarea de clarificare nr. 6 înregistrată la M\_\_\_\_\_\_\_ cu nr. MOI .576/12.04.2017 prin care întreba „In cadrul documentului PDF2 5.01 .AUT1.1SSAT.0.00-VOL.NR.1, secțiunea 3.3.12 Semnale luminoase de circulație, se menționează că indicațiile semnalelor luminoase utilizate vor fi în concordanță cu instrucția de semnalizare la metrou nr. 004M, însă pe rândul următor se specifica „ semnificația culorilor semnalelor va fi convenită cu beneficiarul în faza de proiectare ". Vă rugăm să clarificați câte unități luminoase pentru fiecare semnal vor fi folosite și de ce culori vor fi acestea. " pentru a clarifica numărul de unități luminoase pentru semnale.

Răspunsul formulat a constat în: „ Semnalele luminoase de circulație vor avea trei unități luminoase de tip "LED" (roșu, galben, verde) și o unitate luminoasă de tip "LED" cu indicația alb pentru circulația trenurilor cu ATC îmbarcat tip CBTC. Semnalele care pot da acces în Depou Valea Ialomiței si pe linia de legătură cu Eroilor 1 vor avea indicator de direcție, aspectul lui va fi convenit de comun acord cu beneficiarul. "

Prin acest răspuns Entitatea Contractantă a făcut referire și la aceste semnale Yl si Y2 ca fiind semnalele care dau acces in Depoul Valea Ialomiței.

De asemenea, prin acest răspuns se specifică clar că aceste semnale vor avea indicatoare de direcție, aspect de care ofertantul nu a ținut cont, nefiind reprezentat indicatorul de direcție pe Planul de semnalizare 4.1 Tracklayout.

Având în vedere experiența vastă pe care S\_\_\_\_\_\_ o are în lucrările de semnalizare la metrou, este de neînțeles cum poate să facă referire la un proiect unde semnalul de manevră este amplasat în linie curentă (adică pe linie principală) sau să facă afirmația că există semnal de manevră cu indicator de direcție.

Analizând argumentele prezentate de către recurentă la acest punct, se constată că toate referirile se fac în legătură cu Depoul Valea Ialomiței, deși în solicitarea de clarificări a comisie de evaluare, precum și în comunicarea privind rezultatul etapei de evaluare tehnică, comisia de evaluare a precizat stația Valea Ialomiței.

Prin urmare, este evident faptul că reclamanta NU face diferența dintre Stația Valea Ialomiței și Depoul Valea Ialomiței. In Stația Valea Ialomiței trenurile vor circula cu pasageri, însă în Depoul Valea Ialomiței vor fi numai mișcări de manevră (trenurile nu vor avea pasageri).

După cum se știe, planul de semnalizare (schema de semnalizare) folosește simboluri ale elementelor din cale și nu este un plan la scară. Ori susținerea din partea reclamantei cum că Entitatea Contractantă a cerut ca semnalele Yl și Y2 să fie de manevră este aberantă.

Recurenta nu ia în considerare clarificarea publicată în SEAP, ca răspuns la întrebarea de clarificare transmisă chiar de S\_\_\_\_\_\_, unde s-a precizat „Semnalele luminoase de circulație vor avea trei unități luminoase de tip "LED" (roșu, galben, verde) și o unitate luminoasă de tip "LED" cu indicația alb pentru circulația trenurilor cu ATC îmbarcat tip CBTC Semnalele care pot da acces în Depou Valea Ialomiței și pe linia de legătură cu Eroilor 1 vor avea indicator de direcție, aspectul lui va fi convenit de comun acord cu beneficiarul.".

Conform instrucțiunii de semnalizare de la M\_\_\_\_\_\_\_, niciun semnal de manevră nu poate avea indicator de direcție, prin urmare acestea nu puteau fi de manevră.

Semnalele Yl și Y2, conform schițelor din caietul de sarcini, sunt semnale de circulație în linie curentă între stațiile Romancierilor si Valea Ialomiței, astfel că acestea nu pot avea indicații de manevră. Linia curentă reprezintă porțiunea de linie cuprinsă între limitele incintelor a două stații consecutive, conform "Instrucțiunii de mișcare la Metrou Nr. 005M".

Orice semnal care se află în afara depoului (cum este cazul semnalelor Yl și Y2, acestea fiind semnale ce autorizează și parcursul trenurilor în depou) nu poate fi considerat ca fiind în depou.

Cerința din Caietul de sarcini este că în faza 1 „circulația se va realiza cu trenuri de tip BM, existente în parcul de material rulant al M\_\_\_\_\_\_\_, în sistem ATP cu parcursuri optice conform "Instrucțiuni de Mișcare la Metrou Nr. 005M" (Art. 159 litera b alineat 2).", cerință foarte clară. Ori cu semnalele Yl si Y2 semnale de manevră NU se poate îndeplini cerința din Caietul de Sarcini.

La răspunsul de clarificare din faza de ofertare se specifica foarte clar , JN Depoul Valea Ialomiței vor fi montate numai semnale de manevră cu două unități luminoase (roșu și alb), în Depoul Valea Ialomiței vor fi numai mișcări de manevră (trenurile nu vor avea pasageri)", prin urmare semnale de manevră erau solicitate numai pentru Depoul Valea Ialomiței și nu pentru semnalele din linie curentă, respectiv pentru Stația Valea Ialomiței.

In concluzie, sunt evident nejustificate afirmațiile reclamantei privind "inducerea în eroare a ofertantului prin raportare la includerea în Caietul de sarcini a unui plan de semnalizare, pentru ca mai apoi ofertantul să fie sancționat tocmai pentru că a inclus în ofertă documentul respectiv".

În realitate, recurenta face confuzie între cerințele pentru Stația Valea Ialomiței și Depoul Valea Ialomiței., aspect ce subliniază încă o dată erorile și confuziile realizate de S\_\_\_\_\_\_ SRL în cadrul propunerii tehnice fată de care susține că ar fi conformă cerințelor caietului de sarcini.

- In ceea ce privește panoul de manevră:

Obligativitatea S\_\_\_\_\_\_ ca ofertant era de a folosi elemente de semnalizare conform Instrucției de semnalizare 004M specifică M\_\_\_\_\_\_\_ (autorități contractante), nicăieri în instrucția de semnalizare nu apare termenul „panou de manevră".

Ori, dacă sistemul oferit necesită aceste panouri de manevră cum insinuează recurenta, S\_\_\_\_\_\_ ar fi trebuit să explice această necesitate în partea tehnică a ofertei.

Singura referință a S\_\_\_\_\_\_ la „panoul de manevră" este în listele de cantități aferentă montajului echipamentelor unde avem,, Asamblare panou Principal / de manevră pe stâlp sau coloană. In conformitate cu schemele de cablai furnizate de S\_\_\_\_\_\_ și cu standardele aplicabile ale Utilizatorului Final. "

Precizăm de asemenea că întrebarea de clarificare a fost „să se precizeze necesitatea coloanei de manevră" și răspunsul a fost „Am considerat necesitatea panoului de manevră, așa cum este specificat în schema noastră de cale, la semnalul opritor fix/de terminare a liniei de circulație și în poziția de întoarcere, pentru a indica locul în care ar trebui să se oprească un tren, în modul degradat (sau neechipat)."

Ori, din răspunsul ofertantului nu reiese necesitatea ci unde sunt amplasate, pe schema în discuție neexistând nicio notă de justificare, mai mult nici la legendă nu este trecut acest simbol.

La o întrebare de clarificare referitoare la Legenda schiței de semnalizare în dreptul simbolului indicat apare „Shunt/Marker Board".

De menționat că S\_\_\_\_\_\_ nu face nicio referire unde în Instrucție de semnalizare 004M în acord cu care trebuia făcută semnalizarea, avem termenul „Panoul de manevră".

Toate argumentele prezentate de recurentă prin acțiune arată că aceasta nu poate să clarifice termenul "panou de manevră ", și susține doar că acesta nu este similar "coloanei de manevra ".

Obligativitatea S\_\_\_\_\_\_ ca ofertant era de a folosi termeni / elemente de semnalizare conform Instrucției de semnalizare Q04M specifice M\_\_\_\_\_\_\_ (autorități contractante).

Prin urmare, din argumentele prezentate de reclamantă se evidențiază faptul că, deși contestă motivul de neconformitate reținut de comisia de evaluare cu privire la panoul de manevră, reclamanta nu poate să identifice cărui element din Instrucțiune de semnalizare nr 004M îi este asimilat „panou de manevră".

- In ceea ce privește cerința tablourile de distribuție a energiei electrice (TIP):

Temeinic și legal instanța de fond a reținut prin considerente, „ ... tribunalul, raportat la principiile sus enunțate și jurisprundența C.J. U.E. amintită, constată, tocmai, ca pârâta, prin solicitarea de clarificare în legătură cu posibilitatea de extindere a sistemului, a încercat lămurirea acestui aspect, lucru pe care reclamanta nu a fost în măsură să-l facă. " (n,n. pagina 15 paragraf 6 din hotărâre)

In Caietul de Sarcini există cerința: „Toate echipamentele ATC vor fi alimentate de ofertant, prin grija sa, prin tablouri de electroalimentare special concepute de acesta. Aceste tablouri si toate cablurile de legătură precum și UPS-urile redondante cad în sarcina ofertantului."

In cadrul documentației de atribuire - Fișa de date a achiziției, s-a precizat că „ Propunerea tehnică va fi întocmită astfel încât aceasta să prezinte detaliat modul în care sunt respectate punctual cerințele prevăzute în caietul de sarcini, acestea fiind considerate cerințe minimale, cu încadrare în graficul propus. Ofertantul va prezenta caracteristicile tehnice, parametrii si performantele funcționale pe care se angajează să le asigure prin propunerea tehnică, cu raportare la cerințele stabilite prin caietul de sarcini. [...] Ofertantul va descrie în detaliu modul de îndeplinire a fiecărei cerințe din caietul de sarcini si va exemplifica pe scheme funcționale. Ofertantul trebuie sa aiba în vedere ca nu se admit răspunsuri de tipul "DA, este oferit si realizat" sau copierea exacta a cerințelor din caietul de sarcini sau fisele tehnice, far a prezentarea detaliata a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe".

Nu poate fi acceptată explicația prezentată în cuprinsul cererii de recurs, referitoare la faptul că "nu poate fi ofertat un echipament UPS fără ca prin aceasta să nu se înțeleagă implicit că se va pune la dispoziție și tabloul T1D corespunzător ".

Având în vedere că în caietul de sarcini a fost o cerință clară privind tablourile de distribuție a energiei, S\_\_\_\_\_\_ avea obligația de a prezenta detalii privind modul de îndeplinire a acestei cerințe.

Precizăm de asemenea faptul că, potrivit caietului de sarcini, toate echipamentele sunt alimentate prin intermediul TID-ului „Toate echipamentele ATC vor fi alimentate de ofertant, prin grija sa, prin tablouri de electroalimentare special concepute de acesta ", fiind evidentă importanța acestui TID.

De asltfel, după cum s-a arătat și în comunicarea privind rezultatul evalării tehnice, în cap 8 Electroalimentare (pag 51 din 574) din oferta S\_\_\_\_\_\_ (la care face referire reclamanta la punctul 160), nu se face nici o referire la TID.

- In ceea ce privește cerința privind posibilitatea de extindere a sistemului cu minim 15%:

Prin adresa de comunicare aferentă etapei de evaluare a propunerilor tehnice, subscrisa a comunicat foarte clar ofertantului motivul tehnic concret care a condus la concluzia că cerința caietului de sarcini nu este îndeplinită, iar un operator economic care are experiență în implementarea unor astfel de sisteme, ar trebui să înțeleagă ce presupune o rezervă de I/O.

In vederea explicitării raționamentului comisiei de evaluare, precizăm că centralizarea electronică propusă de către S\_\_\_\_\_\_ pentru acest proie ct este Trackguard Westrace MklI. In cadrul ofertei S\_\_\_\_\_\_, in documentul 2.1. Trackguard Westrace, la capitolul 6.1.2. Module de intrare și ieșire, se precizează:

„ Trackguard Westrace MMI are următoarele module de intrări/ieșiri:

- Parallel Input Module (Modul de intrare paralelă) (PIM50 și PIM12) pentru a primi informații de intrare de la elementele de pe teren.

- Modul de ieșire releu (ROM50 și R0M12) pentru a furniza comenzi de ieșire elementelor de pe teren.

- Lamp Output Module (Modul de ieșire lampă) (LOM110) pentru controlul semnalelor."

Din cele arătate mai sus se vede clar ca aceste module I/O sunt utilizate pentru a primi informații de la elementele din teren, precum si pentru a comanda și controla elementele de semnalizare din teren.

Prin limitarea acestor module I/O la 10% se limitează si numărul de elemente controlate și comandate din teren.

Prin urmare, este FALSĂ ideea pe care vrea să o inducă recurenta, cum că a prevăzut o rezervă de cablu de 20% și prin urmare pot fi conectate cu 20% mai multe echipamente.

Această susținere a reclamantei nu are alt rol decât acela de a masca faptul că prin limitarea la 10% a modulelor I/O, singurele prin intermediul cărora se poate face conectarea echipamentelor la centralizarea electronică Trackguard Westrace Mkll, nu este îndeplinită cerința din Caietul de sarcini.

In Caietul de sarcini este specificat „Sistemul ATC va trebui să aibă posibilitatea de extindere cu minim 15%\ pentru ca în eventualitatea unei extinderi a sistemului, Centralizarea Electronică să permită dezvoltarea și să nu fíe necesară instalarea unei noi centralizări electronice, cerința din Caietul de sarcini nu s-a referit nicidecum să se ofere numai cablu pentru dezvoltarea ulterioară.

- In ceea ce privește cerința privind timpul de comutare a sensurilor de mers:

Temeinic și legal a reținut instanța de fond „ ... privind timpul de comutare a sensurilor de mers se referă la posibilitatea tehnică a sistemului de a permite această comutare a sensurilor de mers și nu are legătură cu faptul că rebrusarea se face cu un mecanic sau cu doi mecanici la bordul trenurilor, prin urmare, faptul că pârâta nu a evaluat oferta din această perspectivă, este lipsit de importanță. " (n.n. pagina 15 paragraf 10 din hotărâre)

Prin adresa nr. M03.04.01/289/19.10.2017 (întrebarea 5), s-a solicitat să se clarifice modul de îndeplinire al cerinței - timpul de comutare între cabine să fie mai mic de 4 secunde -.

Prin răspunsul postat în SEAP în data de 25.10.2017 S\_\_\_\_\_\_ precizează următoarele: "In cadrul documentației de licitație, 2.2 Trainguard TGMT, capitolul "Operațiunea de inversare a trenurilor în GoA2" descrie procedurile pentru comutarea sensurilor de mers prin comandă manuală sau automat (automatic turnback). Pentru un tren care operează în GoA2, există două proceduri posibile, schimbarea manuală a cabinei (ManCC) și schimbarea automată a cabinei (ACC). Așa cum este descris, în ManCC mecanicul de locomotivă poate efectua schimbarea cabinei în orice locație, în timp ce în ACC conducătorul de tren poate efectua schimbarea cabinei numai în locațiile definite în acest scop. Arhitectura echipamentului îmbarcat propus include două echipamente îmbarcate, unul în față și unul în partea din spate a trenului. Cel din față este activ, iar cel din spate este pasiv. Apoi, conducătorul trenului activează ACC pe HMI prin apăsarea butonului ACC. In acest moment, echipamentul din spate de la bord se pregătește/ pentru activarea prin sincronizare cu echipamentul îmbarcat frontal.

Conducătorul trenului poate închide apoi cabina luând cheia. Conducătorul activează cabina din spate prin introducerea cheii. După activarea cabinei, ACC este finalizat. In cadrul ambelor proceduri, timpul de comutare a sensurilor de mers depinde de acțiunile mecanicului de locomotivă. Demonstrarea dezactivării și activării cabinelor este posibilă în centrul de testare. "

Astfel cum se poate constata, în răspunsul prezentat de S\_\_\_\_\_\_ nu se precizează faptul că se asigură comutarea sensurilor de mers într-un timp mai mic de 4 secunde, astfel cum era cerința din caietul de sarcini.

De menționat faptul că, cerința din caietul de sarcini privind timpul de comutare a sensurilor de mers se referă la posibilitatea tehnică a sistemului de a permite această comutare a sensurilor de mers, și nu are legătură cu faptul că rebrusarea se face cu un mecanic sau cu doi mecanici la bordul trenurilor.

Dacă echipamentele ofertate de S\_\_\_\_\_\_ asigură comutarea sensurilor de mers într-un timp mai mic de 4 secunde ar fi trebuit să precizeze acest lucru în răspunsul la solicitarea de clarificări, însă faptul că nu și-a asumat acest parametru, preferând să precizeze că "timpul de comutare a sensurilor de mers depinde de acțiunile mecanicului de locomotivă", demonstrează că în mod corect, comisia de evaluare a stabilit că nu este îndeplinită această cerință a caietului de sarcini.

Având în vedere cele constatate, Comisia de evaluare a cerut clarificare privind îndeplinirea acestei condiții, iar răspunsul a fost „timpul de comutare a sensurilor de mers depinde de acțiunile mecanicului de locomotivă " în nici un caz că este satisfăcută această condiție.

- In ceea ce privește cerința privind afișarea pozițiilor trenurilor la dispeceratul energetic:

Prin adresa nr. M03.04.01/289/19.10.2017 (întrebarea 9), s-a solicitat să se clarifice modul de îndeplinire al cerinței din caietul de sarcini: „Afișarea la dispeceratul energetic a poziției trenurilor in vederea execuției corecte a manevrelor de conectare/deconectare cu energie a șinei a-III-a si a catenarei".

Prin răspunsul postat în SEAP în data de 25.10.2017 S\_\_\_\_\_\_ SRL precizează următoarele: "Dispeceratul energetic va fi interfațat cu ATS conform principiilor prezentate în documentul 1 propunerea tehnică din capitolul 3.10.2, utilizând o interfață JMS bidirecțională peste interfața XML. Definiția conținutului mesajelor va fi hotărâtă în faza inițială de proiectare între Autoritatea Contractantă și ofertant. "

Așa cum se poate constata din cele mai sus menționate, în mod obiectiv, comisia de evaluare a solicitat clarificări privind modul în care este îndeplinită cerința din caietul de sarcini. întrebarea a fost foarte clară și ofertantul avea obligația să prezinte toate detaliile privind modul în care este îndeplinită cerința respectivă, deci ar fi trebuit să prezinte și echipamentele care permit realizarea acesteia.

Nu poate fi acuzată comisia de evaluare pentru faptul că S\_\_\_\_\_\_ nu a demonstrat în mod corespunzător îndeplinirea cerinței menționate în caietul de sarcini sau pentru interpretările eronate ale S\_\_\_\_\_\_.

Față de cele menționate, rezultă că în mod corect, comisia de evaluare a concluzionat că răspunsul de clarificare nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea cerinței menționate în caietul de sarcini, nefiind descris niciun echipament hardware.

5. Cu privire la „ Sentința este nelegală fiind dată cu încălcarea principiului egalității de tratament..." (Motiv 7) recurenta reclamantă încadrând motivul de casare pe dispozițiile art. 488 pct. 8 Cod de procedură civilă. (iun. pag. 29-31 din cererea de recurs)

În ceea ce privește principiul egalității de tratament invocat de către recurenta reclamantă, raportat la motivele venite în susținerea acestuia, în opinia subscrisei acestea sunt neîntemeiate și nefondate, egalitatea de tratament și de altfel toate principiile fundamentale ala unui proces civil au fost pe deplin complinite și în conformitate cu prevederile art. 8 și următoarele Cod de procedură civilă.

De altfel, aspectele iterate de către recurentă prin acțiune în sensul că instanța de fond ar fi încălcat tratamentul egal și cu nerespectarea prevederilor art. 221 alin. (1) și (2), precum și motivele venite în susținerea acestei afirmații, constituie în fapt sunt doar simple aprecieri nesusținute.

Faptul că, recurenta face trimitere la un așa zis grad de exigență aplicat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ raportat la evaluarea propunerii financiare a celuilalt ofertant, menționând că M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. a trimis 6 solicitări de clarificare, acesta este un aspect evident nerelevant.

Mai mult decât atât, faptul că în ceea ce privește oferta recurentei în cadrul procedurii de atribuire în sensul că acesteia i-ar fi fost solicitate un număr de 110 de întrebări de clarificare, păstrând același raționament, adjudecatarul ar fî putut aprecia lipsa tratamentului egal în ceea cel privește, aspecte de altfel precizate de către acesta în cadrul dezbaterilor orale și consemnate de către instanța de fond prin încheierea de ședință din data de 23.04.2018 „ ... In ceea ce privește comportamentul neloial față de ambii ofertanți arată că CE precizează că nu se pot cere clarificări la nesfârșit deoarece ar fi avantajat... " (n.n. pag. 2 paragraf 8 teza 3 din încheiere).

De asemenea, menționăm faptul că, cele 110 solicitări de clarificare adresate recurentei au fost solicitate ca urmare a nenumăratelor abateri de la cerințele prevăzute și bine conturate prin caietul de sarcini, faptul că subscrisa a procedat ca atare, relevă tocmai că s-a asigurat egalitatea de tratament a celor doi ofertanți.

Aceste solicitări de clarificări transmise de către comisia de evaluare cu nr. M03.04.01/289/19.10.2017 și nr. M.03.04.01/269/29.09.2017, au avut un număr total de peste 110 întrebări, ceea ce arată modul în care a înțeles S\_\_\_\_\_\_ SRL să elaboreze propunerea tehnică pentru procedura de atribuire în discuție și numărul mare de omisiuni / neclarități din cuprinsul acesteia, astfel că în mod corect temeinic și legal instanța de fond a reținut

„Dacă am compara ofertele celor doi operatori economici, prin prisma necesității autorității contractante de a clarifica 110 aspecte ce privesc oferta tehnică a reclamantei cu 9 aspecte ce privesc oferta tehnică a intervenientei, rezultă că reclamanta nu și-a întocmit oferta tehnică într-o manieră prin care să convingă pârâta la îndeplinirea exactă a cerințelor din caietul de sarcini.

Faptul că entitatea contractantă a analizat oferta tehnică a reclamantei, precum și răspunsul la cele 110 întrebări de clarificare, într-un mod serios, cu bună-credință și cu respectarea interesului public în a găsi cele mai bune oferte tehnice, oferta tehnică a reclamantei, precum și răspunsul la cele 110 întrebări de clarificare, rezultă tocmai din procesul verbal de evaluare nr. 04.04.01/313/21.11.2017, lista de verificare, anexa la acest proces verbal, precum și raportul expertului cooptat, concluziile din aceste acte având la bază o evaluare amănunțită și profesionista a modalității de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse prin documentația de atribuire, fiind acceptate 93 din răspunsurile la clarificări, restul de 17 fiind respinse. " (n.n. pagina 13 ultimele două paragrafe din hotărâre)

În concluzie, S\_\_\_\_\_\_ S.R.L. avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire și să furnizeze toate informațiile care să asigure entitatea contractantă privind îndeplinirea cerințelor stabilite prin documentație.

Întrucât prin propunerea tehnică depusă și răspunsurile de clarificare prezentate, S\_\_\_\_\_\_ S.R.L. nu a demonstrat îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini, în mod corect și legal, comisia de evaluare a declarat oferta S\_\_\_\_\_\_ S.R.L. ca fiind neconformă.

-III- CU PRIVIRE LA OBLIGAREA LA PLATA CHELTUIELILOR DE JUDECATĂ:

Având în vedere faptul că, nu poate fi pusă în discuție culpa procesuală a subscrisei, astfel cum mai sus am motivat, rezultă fără putință de tăgadă că M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. nu poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată în prezenta cauză dedusă judecății.

De altfel, învederăm onoratei instanțe faptul că, în accepțiunea DEX-ului cheltuielile de judecată reprezintă o suma de bani pe care este obligat să o plătească, pe baza unei hotărâri judecătorești, cel care a pierdut un proces părții care a câștigat procesul.

Astfel, fundamentul juridic al acordării cheltuielilor de judecată este reprezentat de culpa procesuală a părții „care cade în pretenții".

Astfel înțeleasă, culpa procesuală este reprezentată de „partea care cade în pretenții", aceasta putând fi atât în sarcina reclamantului cât și a pârâtului.

Așa cum s-a exemplificat în doctrină, culpa procesuală aparține pârâtului dacă:

-pârâtul nu și-a executat obligațiile, astfel încât s-a admis acțiunea reclamantului;

-pârâtul își execută obligațiile pe parcursul procesului;

-pârâtul și-a executat obligația înainte de sesizarea instanței, dar nu 1-a înștiințat pe

reclamant, ceea ce a determinat declanșarea procesului;

-pârâtul a fost pus de drept în întârziere de către reclamant prin notificare;

-precum și atunci când debitorul unei obligații comerciale lichide și plătibile în bani este

de drept în întârziere din ziua când obligația a devenit exigibilă.

Luând în considerare aspectele mai sus exemplificate în sensul că nu poate fi vorba de vreo culpă procesuală a M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. pentru ca subscrisa să fie obligată la plata cheltuielilor de judecată, urmează să respingeți și acest capăt de cerere ca fiind neîntemeiat și nefondat.

Intimata intervenientă A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA („A\_\_\_\_\_”) a depus, la data de 26.09.2018, intâmpinare, solicitând respingerea recursului ca nefondat și oblugarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea intîmpinării sale, arată următoarele:

CONTEXTUL LITIGIOS

1. Anterior expunerii argumentelor subscrisei de natură a conduce la respingerea recursului promovat de către S\_\_\_\_\_\_, pentru a facilita analiza de către instanța de judecată și, totodată, pentru a contracara multitudinea de susțineri nefundamentate conținute în motivele de recurs ale S\_\_\_\_\_\_, vom prezenta mai jos contextul litigios preexistent, precum și măsurile dispuse anterior de către Tribunalul București în prezenta cauză în legătură cu Procedura de atribuire, într-o secțiune distinctă, ne vom referi la obiectul dosarului nr. xxxxx/3/2018 aflat pe rolul Tribunalului București, în prezent suspendat, până la soluționarea definitivă a prezentei cauze, pentru ca instanța de control judiciar să fie informată în mod complet și transparent în legătură cu disputele existente între părți.

A. OFERTA S\_\_\_\_\_\_ A FOST RESPINSĂ CA NECONFORMA DIN PROCDEDURA DE ATRIBUIRE

2. Oferta S\_\_\_\_\_\_ a fost respinsă din Procedura de atribuire, fiind considerată neconformă încă din data de 23.11.2017; Entitatea contractantă a transmis în acest sens către S\_\_\_\_\_\_ adresa de comunicare a rezultatului Procedurii de atribuire nr. M.03.04.01 /317/23.11.2017. împotriva acestui act administrativ considerat vătămător, S\_\_\_\_\_\_ a promovat notificare prealabilă, de asemenea respinsă prin adresa nr. M.03.04.01/327/06.12.2017, propunerea sa tehnică înregistrând numărul record de 17 neconformități, respectiv abateri de la cerințele obligatorii ale documentației de atribuire.

A.1. Contestația promovată de către S\_\_\_\_\_\_ împotriva rezultatului Procedurii de atribuire. Derularea litigiului în fața instanței de fond

3. împotriva celor două adrese anterior menționate, S\_\_\_\_\_\_ a promovat contestație înregistrată pe rolul Tribunalului București sub numărul de dosar xxxxx/3/2017, solicitând instanței să dispună următoarele:

a) Anularea raportului Procedurii de atribuire și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente incidente ori conexe acestuia emise de Entitatea Contractantă (inclusiv comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire adresat S\_\_\_\_\_\_ și a comunicărilor rezultatului Procedurii adresate celorlalți ofertanți, inclusiv comunicarea refuzului de a adopta măsuri de remediere) în ceea ce privește evaluarea ofertei S\_\_\_\_\_\_ și declararea acesteia ca neconformă;

b) Reevaluarea ofertei S\_\_\_\_\_\_ cu consecința constatării caracterului conform și acceptabil al acesteia;

c) Obligarea M\_\_\_\_\_\_\_ la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea litigiului.

4. Fiind interesată în menținerea rezultatului Procedurii de atribuire în ceea ce privește oferta S\_\_\_\_\_\_, oferta subscrisei aflându-se, la acea dată, în etapa de evaluare a documentelor DUAE, subscrisa am depus cerere de intervenție în interesul Entității contractante, solicitând respingerea contestației.

II. RECURSUL ESTE NEFONDAT A. ASPECTE PREALABILE

14. D\_\_ fiind că în cadrul capitolului denumit „Motive de nelegalitate. Aspecte prealabile", la pag. 6 din motivele de recurs, S\_\_\_\_\_\_ face o \_\_\_\_\_\_\_\_ afirmații de natură a induce în eroare instanța de control judiciar, anterior combaterii motivelor de recurs, ne vom referi punctual la aceste afirmații, în ordinea menționării lor în recursul S\_\_\_\_\_\_.

15. Susține S\_\_\_\_\_\_ că, „în raport de obiectul învestirii, instanța de fond trebuia să verifice":

a ) Dacă procedura de evaluare a fost nelegală inclusiv din cauza modalității de formulare a solicitărilor de clarificări și de analizare a răspunsurilor la solicitări.

În combatere, arătăm că:

a. Instanța de fond nu a fost învestită cu analiza „în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ de evaluare și, de altfel, nici nu ar putea să realizeze o astfel de analiză, nefiind atribuția instanței judecătorești să facă astfel de controale și / sau aprecieri; în orice caz, contrar susținerilor S\_\_\_\_\_\_, instanța de fond nu a fost învestită prin contestație cu realizarea unei astfel de analize.

b. Cu toate acestea, Tribunalul București a analizat temeinic solicitările de clarificări transmise de către comisia de evaluare și a conchis, în mod judicios, că: ,,[d]în analiza solicitărilor de clarificări și din modul de evaluare a ofertelor tehnice și a răspunsurilor la clarificări, tribunalul constată că nu există niciun element care să semnaleze preferința arbitrară față de ofertantul declarat câștigător, gradul de exigență aplicat de către pârâtă în evaluarea ofertei reclamantei fiind egal cu cel aplicat în evaluarea ofertei intervenientei.";

c. Contrar susținerilor nefondate ale S\_\_\_\_\_\_, instanța de fond nu a refuzat verificarea legalității procedurii de evaluare efectuată de comisie, analizând, punctual, fiecare critică cu are a fost învestită, instanța analizând inclusiv modalitatea în care au fost solicitate clarificări ambilor ofertanți;

d. Mai mult, pe calea contestației formulate împotriva rezultatului Procedurii de atribuire, S\_\_\_\_\_\_ nu putea invoca caracterul pretins nelegal / discriminatoriu al solicitărilor de clarificări adresate de către comisie în perioada de evaluare a ofertelor. Dacă S\_\_\_\_\_\_ era nemulțumită de întrebările ce i-au fost adresate, aceasta avea obligația unui ofertant diligent să formuleze contestație împotriva acelor solicitări de clarificare pe care le considera nelegale, în termen de 10 zile de la primirea lor. Cum, însă, S\_\_\_\_\_\_ nu a procedat în această manieră și, dimpotrivă a răspuns acelor solicitări de clarificări, este decăzut de a invoca ulterior expirării termenului de contestație, caracterul pretins nelegal al acestora.

b. Dacă M\_\_\_\_\_\_\_ a respectat principiul transparenței procedurii și dacă în raport cu S\_\_\_\_\_\_ a impus prin evaluare cerințe ce exced documentației de atribuire sau standarde de exigență care nu rezultă din documentație.

În combatere, arătăm că:

a. în primul rând, instanța de fond nu a fost învestită prin contestație cu o astfel de critică. Orice critică care nu a fost invocată prin contestație este tardivă, nefiind posibil ca prin note / concluzii scrise să fie suplimentat obiectul inițial al contestației, ori modificate limitele învestirii instanței, astfel de critici fiind tardive;

b. în al doilea rând, Tribunalul București a analizat inclusiv aceste aspecte, concluzionând că „comisia de evaluare nu a pretins decât detaliile necesare prin care să se demonstreze că sunt îndeplinite toate cerințele caietului de sarcini, ne fiind vorba de un grad ridicat de detaliere, așa cum în mod neîntemeiat susține reclamanta."

Dacă neconformitățile imputate ofertei S\_\_\_\_\_\_ se referă la neîndeplinirea unor cerințe exprese din documentația de atribuire sau dacă motivele se raportează la aprecieri subiective ale comisiei de evaluare care fie contrazic Caietul de sarcini, fie adaugă în mod nelegal la acesta (prin detalieri, specificații care nu pot fi cerute ofertanților decât în faza ulterioară a proiectării etc).

În combatere, arătăm că:

Instanța de fond a analizat inclusiv această critică, reținând că:

„Cu privire la gradul de detaliere pe care poate să îl pretindă pârâta în mod rezonabil, tribunalul constată că toate cerințele din caietul de sarcini sunt esențiale, întrucât sunt cerințe minimale, ofertanții având obligația să prezinte în cadrul propunerii tehnice detalii din care să rezulte că sunt îndeplinite toate aceste cerințe.

Totodată, instanța fondului a reținut și următoarele: „comisia de evaluare nu a pretins decât detaliile necesare prin care să se demonstreze că sunt îndeplinite cerințele caietului de sarcini, nefiind vorba de un grad ridicat de detaliere, "

d) Dacă standarde de exigență aplicate ofertantului S\_\_\_\_\_\_ sunt legale și, dacă da, dacă au fost aplicate în aceeași măsură și în evaluarea ofertei A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_. Dacă M\_\_\_\_\_\_\_ a defavorizat ofertantul S\_\_\_\_\_\_ în procedura de evaluare a ofertei, în contrast cu concurentul A\_\_\_\_\_.

în combatere, arătăm că:

a. Prin contestația formulată, S\_\_\_\_\_\_ a învestit Tribunalul București cu critici exclusiv împotriva măsurii de respingere ca neconformă a ofertei sale;

b. Oferta A\_\_\_\_\_ nu a făcut obiectul contestației S\_\_\_\_\_\_ în prezenta cauză;

c. Apelând la o \_\_\_\_\_\_\_\_ tertipuri contrare deontologiei unui profesionist, prin note scrise depuse la dosar pe parcursul soluționării cauzei în fond, pentru a distrage atenția de la neconformitățile vădite ale ofertei sale, S\_\_\_\_\_\_ a invocat o pretinsă încălcare a principiului tratamentului egal, susținând că oferta A\_\_\_\_\_ ar fi beneficiat de tratament preferențial, rezultatul Procedurii de atribuire fiind, deci, și din această perspectivă viciat, în opinia S\_\_\_\_\_\_;

d. în primul rând, nefiind o critică care să fi fost invocată, în termenul legal, prin contestație, Tribunalul o putea ignora, dat fiind caracterul său tardiv. Cu toate acestea, instanța de fond a analizat inclusiv această solicitare și a conchis că standardele de exigență aplicate ofertantului S\_\_\_\_\_\_ sunt legale și, mai mult, că „nu există niciun element care să semnaleze preferința arbitrară față de ofertantul declarat câștigător, gradul de exigență aplicat de către pârâtă în evaluarea ofertei reclamantei fiind egal cu cel aplicat în evaluarea ofertei intervenientei.”

e. Dacă M\_\_\_\_\_\_\_ a procedat corect când nu a acceptat îndreptarea erorilor materiale (minore) din ofertă, iar dacă a procedat corect, trebuie verificat dacă același tratament a fost aplicat și ofertantului A\_\_\_\_\_.

În combatere, arătăm că:

a. în primul rând, critica privind pretinsa lipsă de încălcare a principiului tratamentului egal nu a fost invocată prin contestație, instanța de fond nefiind, deci, învestită cu soluționarea ei;

b. în orice caz, Tribunalul a reținut că principiul tratamentului egal nu a fost încălcat în Procedura de atribuire, ofertantul A\_\_\_\_\_ nebeneficiind de tratament preferențial;

c. Mai mult, instanța de fond a constatat, în mod judicios, faptul că unele corectări ale viciilor de formă / abaterilor tehnice pe care S\_\_\_\_\_\_ le-a operat la nivel de propunere tehnică sunt de natură a schimba propunerea tehnică inițială în mod fundamental, iar alte astfel de îndreptări nu sunt de natură a schimba concluzia comisiei de evaluare cu privire la neconformitatea propunerii tehnice prezentate de S\_\_\_\_\_\_.

B. ÎNCHEIEREA PRIN CARE CONTESTATOAREI l-A FOST RESTRICȚIONAT ACCESUL LA DOCUMENTELE CONFIDENȚIALE ALE A\_\_\_\_\_ ESTE MOTIVATĂ CORESPUNZĂTOR

16. Motivul de recurs reglementat la art. 488 pct. 6 C.pr.civ. și invocat de către S\_\_\_\_\_\_ în legătură cu restricționarea accesului la documentele confidențiale ale ofertei A\_\_\_\_\_ nu este incident în cauză, recursul fiind din această perspectivă nefondat.

B.1. Probele solicitate de către S\_\_\_\_\_\_ la termenul de judecată din 26 martie 2018

17. La termenul din data de 26 martie 2018 în fața instanței de fond, în cadrul probei cu înscrisuri, S\_\_\_\_\_\_ a solicitat instanței să dispună obligarea Entității contractante la depunerea următoarelor documente al căror caracter este confidențial potrivit legii:

a) Raportul Procedurii de atribuire în integralitate;

b) Corespondența purtată între A\_\_\_\_\_ și Entitatea contractantă pe aspectele de ordin tehnic ale ofertei A\_\_\_\_\_ (întrebări și, respectiv, răspunsurile la clarificări); și

c) Raportul expertului cooptat asupra propunerii tehnice depuse de către A\_\_\_\_\_.

18. Solicitarea S\_\_\_\_\_\_ a fost întemeiată pe Hotărârea pronunțată de către C.J.U.E. în cauza C 599/10 SAG ELV Slovensko a.s. și pe „necesitatea respectării principiului tratamentului egal".

19. Prin încheierea de ședință pronunțată la termenul din data de 26 martie 2018, instanța de judecată a încuviințat pentru S\_\_\_\_\_\_ proba cu înscrisuri și a pus în vedere Entității contractante să depună la dosarul cauzei, în format CD - sigilat - următoarele înscrisuri: (i) Raportul Procedurii de atribuire în integralitate și (ii) raportul expertului cooptat asupra ofertei A\_\_\_\_\_.

20. Instanța de control judiciară urmează a constata că instanța fondului a procedat în mod corect prin menținerea caracterului confidențial al documentelor de ofertă depuse de A\_\_\_\_\_, motivat de faptul că:

a) în primul rând, oferta A\_\_\_\_\_ nu a făcut obiectul contestației S\_\_\_\_\_\_;

b) în al doilea rând, pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal invocată cu emfază de către S\_\_\_\_\_\_ în ședința de judecată din data de 26 martie 2018 nu este o critică care să fi fost invocată prin notificarea prealabilă și, ulterior, prin contestație, iar la acel moment procesual, modificarea notificării prealabile și, corelativ, a contestației era imposibilă, un astfel de demers fiind tardiv; și

c) în al treilea rând, modalitatea concretă de evaluare a ofertelor, respectiv numărul de solicitări de clarificare adresate către fiecare ofertant în parte, clarificarea numai a anumitor aspecte din cadrul ofertei sau a tuturor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare, singura care are atribuții, potrivit legii, să verifice ofertele și să stabilească clarificările necesar a fi adresate.

B.2. Documentele solicitate de către S\_\_\_\_\_\_ în etapa de soluționare a fondului au fost și sunt în continuare confidențiale

21. Ceea ce S\_\_\_\_\_\_ evită să menționeze în motivele de recurs este faptul că, la termenul de judecată din data de 23 aprilie 2018, ulterior depuneri, deci de către M\_\_\_\_\_\_\_, a documentelor confidențiale din oferta A\_\_\_\_\_ la dosar (pe care S\_\_\_\_\_\_ oricum a încercat să le fotocopieze între termene), S\_\_\_\_\_\_ a reiterat solicitarea de a vizualiza documentele confidențiale din oferta subscrisa, motivat de faptul că oferta A\_\_\_\_\_ fusese între timp desemnată câștigătoare.

22. Prin încheierea de ședință pronunțată la termenul din data de 23 aprilie 2018, instanța de fond a motivat refuzul de a acorda acces la documentele de ofertă ale A\_\_\_\_\_, reținând că: „[...] informațiile înaintate de M\_\_\_\_\_\_\_ la dosar prin CD-ul depus au caracter confidențial, față de prevederile art. 231 alin. 4, 5 și 6 din Legea nr. 99/2016, precum și hotărârea din data de 14.02.2008 a CJ.U.E. în cauza 450/36 Varec S.A. contra Belgiei, având în vedere că la dosar exista declarația de confidențialitate dată de intervenientă în cadrul procedurii cu privire la propunerea tehnică, în integralitatea sa."

23. Solicitarea S\_\_\_\_\_\_ de a vizualiza documentele confidențiale depuse la dosarul cauzei de către M\_\_\_\_\_\_\_ a fost în mod judicios respinsă de către instanța de fond. în considerarea următoarelor argumente:

a) Potrivit dispozițiilor art. 231 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 entitatea contractantă are obligația de a întocmi dosarul achiziției sectoriale pentru fiecare contract sectorial/acord-cadru încheiat;

b) Potrivit dispozițiilor art. 231 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției sectoriale are caracter de document public. Per a contrario, anterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice nu are caracter de document public și nu poate fi studiat de către nicio persoană:

c) Procedura de atribuire se finalizează, potrivit art. 224 din Legea nr. 99/2016, prin (i) încheierea contractului sectorial/acordului-cadru; sau (ii) anularea procedurii de atribuire;

d) Nici la momentul formulării de către contestatoare a cererii de acces la dosarul achiziției publice și nici în prezent, la momentul soluționării recursului, Procedura de atribuire nu este finalizată, aceasta aflându-se în plină desfășurare, motiv pentru care, dosarul achiziției publice (din care fac parte atât Raportul Procedurii de atribuire, cât și rapoartele experților cooptați) nu a devenit încă document public care să poată fi studiat;

e) Confidențiale sunt și raportul expertului tehnic cooptat și răspunsurile la clarificări transmise de subscrisa comisiei de evaluare, câtă vreme acestea vizează și. respectiv, clarifică sau, după caz, analizează aspecte tehnice din cadrul propunerii tehnice a subscrisei, propunere tehnică care a fost declarată confidențială la momentul depunerii sale (declarația de confidențialitate a fost urcată în SEAP, fiind însoțită de semnătură electronică extinsă, acesta fiind motivul pentru care aceasta nu conținea, în format fizic, semnătură și ștampilă, așa cum solicită S\_\_\_\_\_\_). Caracterul confidențial al propunerii tehnice se răsfrânge, în mod firesc asupra tuturor și oricăror alte documente adiacente sau conexe acesteia care conțin referiri la sau explicitează / clarifică / analizează din punct de vedere tehnic conținutul ofertei A\_\_\_\_\_;

f) Potrivit art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016: „Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea entității contractante, entitatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor." (subl. ns.)

În același sens sunt și dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 care prevăd în mod explicit faptul că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă. (subl. ns.);

g) Prin urmare, legiuitorul a reglementat în mod expres faptul că accesul la informațiile de interes public nu este unul absolut, ci acesta este restricționat în măsura în care informațiile respective sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală. Astfel cum am declarat și în cuprinsul ofertei, propunerea tehnică este confidențială, aceasta conținând informații a căror dezvăluire către competitorii noștri (inclusiv către S\_\_\_\_\_\_) ar prejudicia în mod grav interesele noastre. Cel mai probabil, acesta este și motivul pentru care S\_\_\_\_\_\_ insistă într-o manieră atât de agresivă să vizualizeze oferta A\_\_\_\_\_ în condițiile în care instanța din prezenta cauză nu a fost învestită în niciun moment cu critici privind oferta subscrisei. în acest context, precizăm faptul că toate informațiile confidențiale au fost puse la dispoziția Entității contractante în vederea evaluării corespunzătoare a ofertei depuse de A\_\_\_\_\_ și, de asemenea, acestea au fost pe deplin accesibile și de fond, fiind transmise de către M\_\_\_\_\_\_\_ la dosarul cauzei, ca urmare a obligației stabilite în acest sens în sarcina sa de către instanță;

h) Necesitatea protejării informațiilor declarate ca fiind confidențiale este justificată de faptul că propunerea tehnică vizează însuși know-how-ul utilizat de A\_\_\_\_\_ în vederea executării lucrărilor ce fac obiectul Contractului. Astfel, în oferta noastră este inclusă descrierea particularizată a modului propriu în care subscrisa înțelege să abordeze execuția lucrărilor. Toate elementele acestei descrieri sunt rezultatul experienței îndelungate în domeniu de care subscrisa beneficiază, fiind în esență secrete comerciale;

i) O eventuală divulgare a acestor informații incluse în propunerea tehnică este de natură a aduce la cunoștința competitorilor noștri informații importante pe care aceștia le pot utiliza pentru a crea soluții tehnice similare sau identice. O asemenea abordare produce în mod evident un prejudiciu subscrisei, inclusiv prin pierderea avantajului economic pe care îl avem pe piață prin utilizarea unei asemenea soluții tehnice, respectiv prin practicarea anumitor prețuri, aducându-se astfel o gravă atingere inclusiv principiului concurenței loiale;

j) Legislația aplicabilă atât în materia achizițiilor publice, cât și în cea a liberului acces la informații de interes public protejează în mod expres informațiile confidențiale, asigurând suport legal operatorului economic ce dorește protejarea know-how-ului, respectiv a secretului său comercial, pentru a nu periclita derularea activității economice în condiții de reală competitivitate și concurență;

k) Mai mult, legislația specială a achizițiilor publice este completată, în materie de confidențialitate, de dispozițiile art. 12 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 54/2001 privind liberul acces la informații de interes public, acestea exceptând, de asemenea, de la liberul acces al cetățenilor, informațiile privind activitățile comerciale și financiare, în condițiile atingerii principiului concurenței loiale.

I) Importanța protejării și garantării informațiilor pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală rezultă inclusiv din prevederile art. 19, art. 27 alin. (11), respectiv art. 35 alin. (5) din Legea nr. 101 /2016 care reglementează inclusiv obligația Consiliului N\_\_\_\_\_\_\_ de Soluționare a Contestațiilor / instanței de judecată atât de a nu permite accesul altor operatori economici la documentele și informațiile declarate confidențiale, cât și de a nu divulga, în cuprinsul deciziei pronunțate, astfel de informații.

m) Așa cum a reținut și instanța de fond, practica europeană statuează, de asemenea, faptul că ofertanții au dreptul la protecția secretelor lor comerciale, în cuprinsul Hotărârii din data de 14.02.2008 a Curții de Justiție Europene, Cauza 450/36, Varec SA împotriva statului belgian, precizându-se următoarele: „(...) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac (...) trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile în litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul sa cunoască el însuși aceste informații (...). 39. Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune sa se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane" (subl. ns.);

n) Prin dezvăluirea informațiilor din propunerea noastră tehnică și financiară s-ar ajunge la distorsionarea gravă a concurenței prin furnizarea către concurenți a acelor informații sau date confidențiale ce ne aparțin si la care aceștia nu ar avea acces în mod normal (informații cu privire la resursele umane și/sau tehnice, informații privind colaboratorii cooptați, datele de identificare ale acestora, contracte duse la bun sfârșit și care sunt declarate confidențiale de chiar beneficiarii acestora, experiența specifică a experților, metode specifice de execuție a lucrărilor, prețuri practicate de către partenerii noștri contractuali etc.).â

24. Instanța de control judiciar urmează a constata că dreptul la apărare a S\_\_\_\_\_\_ a fost pe deplin respectat, măsura restricționării accesului S\_\_\_\_\_\_ la documentele confidențiale din oferta A\_\_\_\_\_ fiind legală și temeinică, dat fiind că:

a) Oferta A\_\_\_\_\_ nu a făcut obiectul contestației S\_\_\_\_\_\_, înscrisurile solicitate nefiind. deci, apte să conducă la soluționarea procesului.

Pentru ca înscrisurile solicitate de către S\_\_\_\_\_\_ să poată fi considerate utile / relevante în soluționarea cauzei, oferta A\_\_\_\_\_ trebuie contestată de către S\_\_\_\_\_\_. Nu numai că petitul notificării prealabile / contestației nu conține nicio mențiune referitoare la oferta A\_\_\_\_\_, ci mai mult, critici sau mențiuni referitoare la oferta A\_\_\_\_\_ nu există nici în corpul contestației. Modificarea contestației în fața instanței fondului nu mai era posibilă, astfel că, din perspectiva obiectului concret al contestației, înscrisurile indicate de către S\_\_\_\_\_\_ nu puteau fi considerate relevante, neconducând la soluționarea procesului.

b) Critica privind pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal pe care s-a întemeiat teza probatorie a S\_\_\_\_\_\_ nu a fost niciodată invocată în cauză.

Sub pretextul unei pretinse potențiale încălcări a principiului tratamentul egal în Procedura de atribuire, S\_\_\_\_\_\_ a dorit, în realitate, să studieze oferta A\_\_\_\_\_ (chiar și parțial) pentru a obține informații confidențiale, protejate ca atare de lege. S\_\_\_\_\_\_ a uitat, însă, în toate aceste încercări, faptul că nici prin notificarea prealabilă și nici prin contestație nu a fost invocată o critică care să vizeze nesocotirea, de către Entitatea contractantă, a principiului tratamentului egal. Or, există o bogată jurisprudență națională și europeană care statuează în sensul că, prin contestație, nu pot fi invocate critici noi, ulterior expirării termenului legal de contestare.

În concluzie, nici din perspectiva verificării respectării principiului tratamentului egal, înscrisurile solicitate de către S\_\_\_\_\_\_ nu sunt relevante în economia dosarului, instanța nefiind niciodată învestită cu o critică în sensul aceasta, iar, din oficiu, nu poate fi invocată, deoarece instanța și-ar depăși astfel propriile limite stabilite prin contestație de către S\_\_\_\_\_\_.

Un al treilea argument în susținerea tezei potrivit căreia înscrisurile solicitate de către S\_\_\_\_\_\_ erau absolut nerelevante în soluționarea cauzei rezidă în faptul că evaluarea ofertelor reprezintă exclusiv apanajul comisiei de evaluare , nefiind posibil ca instanța de judecată să se substituie membrilor comisiei de evaluare sau experților tehnici cooptați în procedura de atribuire, acestea din urmă fiind persoane cu pregătire tehnică de specialitate în domeniul atribuirii contractului, cu atât mai puțin cu cât nu a fost învestită în acest sens. Tot apanajul exclusiv al comisiei de evaluare îl reprezintă și clarificările, respectiv stabilirea numărului și conținutul clarificărilor necesar a fi solicitate ofertanților, acestea fiind decise în funcție de oferta fiecăruia dintre operatorii economici participanți și de întrebările concrete ce ne nasc la momentul analizei ofertelor. Prin urmare, în procesul de evaluare a ofertelor, singura în măsură să stabilească dacă sunt necesare clarificări și câte astfel de clarificări sunt necesare este exclusiv comisia de evaluare. în acest sens, art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 prevede că:

„în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței." (subl. ns.)

Reglementarea legală este absolut firească în condițiile în care comisia de evaluare este și cea care evaluează, în concret, ofertele. Devine astfel firesc și dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări al căror scop este acela de a clarifica anumite aspecte incomplete / eronate I ambigue din cadrul ofertelor. Desigur că dreptul comisiei de evaluare de a clarifica ofertele prezintă anumite limite, el nu este unul absolut, fiind subsumat principiilor tratamentului egal și transparenței. Practic, prin adresarea unei solicitări de clarificare unui anumit operator economic, comisia de evaluare trebuie să se asigure că nu încalcă principiul tratamentului egal, prin crearea operatorului economic a cărui ofertă este clarificată, a unui avantaj evident în raport de restul ofertanților.

25. Dacă însă unui anumit ofertant îi sunt solicitate numai 2 clarificări, iar altuia 20, aceasta nu înseamnă că autoritatea contractată a încălcat principiul tratamentului egal sau pe cel al transparenței, deoarece întrebările necesar a fi adresate prin clarificări sunt stabilite în concret în raport de conținutul fiecărei oferte în parte. Comisia de evaluare realizează o analiză individuală, ofertele nu sunt niciodată analizate în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ diferă aproape întotdeauna de la ofertant la ofertant. în acest context, devine redundant să mai insistăm asupra caracterului nerelevant al înscrisurilor solicitate de către S\_\_\_\_\_\_, câtă vreme chiar dacă oferta A\_\_\_\_\_ a fost clarificată mai mult sau mai puțin decât cea a S\_\_\_\_\_\_, acest lucru nu are semnificația faptului că ar fi fost încălcat principiul tratamentului egal, ci doar faptul că în legătură cu o ofertă au fost necesare mai multe explicații decât în legătură cu cealaltă. Dimpotrivă, cu cât o ofertă este mai corect și complet întocmită, cu atât mai puține clarificări sunt necesar a fi adresate.

26. în legătură cu necesitatea respectării principiului tratamentului egal la momentul solicitărilor de clarificări, legiuitorul a avut în vedere protejarea celorlalți ofertanți care nu sunt clarificați față de un ofertant care a fost clarificat, iar prin întrebările adresate, autoritatea contractantă l-a favorizat, determinând în favoarea acestuia un avantaj evident în raport de restul competitorilor, participanți la respectiva procedură de atribuire.

27. În concluzie, solicităm instanței de control judiciar să respingă ca nefondat motivul de pretinsă nelegalitate a Sentinței constând pretinsa lipsă de motivare a încheierilor pronunțate în data de 26 martie 2018 și 23 aprilie 2018.

C.ÎNCHEIEREA PRIN CARE INSTANȚA DE FOND A REFUZAT PRIMIREA LA DOSAR A PROPUNERII FINANCIARE A S\_\_\_\_\_\_ ESTE LEGALĂ, FIIND MOTIVATĂ CORESPUNZĂTOR

La termenul din data de 23 aprilie 2018, S\_\_\_\_\_\_ a solicitat instanței de judecată să primească la dosar propunerea sa financiară, dat fiind că s-au modificat circumstanțele inițiale ale speței, prin aceea că oferta A\_\_\_\_\_ fusese între timp desemnată câștigătoare (!).

Nu am înțeles nici la acel moment și nu înțelegem nici acum care este motivul pentru care S\_\_\_\_\_\_ a dorit să depună un astfel de document la dosar, posibil a fi vizualizat doar de către instanța judecată în considerarea caracterului său confidențial, din moment ce oferta S\_\_\_\_\_\_ nu a ajuns să parcurgă etapa de evaluare a propunerii financiare, fiind respinsă în etapa de verificare a propunerii tehnice (anterioară celei în care sunt evaluate propunerile tehnice) ca neconformă din cauza multiplelor neconformități / abateri ale ofertei în raport de cerințele minimale și obligatorii ale Caietului de sarcini.

în mod corect a respins instanța de fond această solicitare a contestatoarei, dat fiind că:

a) Potrivit art. 255 C.pr.civ. „probele trebuie să fie admisibile potrivit legii și să ducă la soluționarea procesului." (subl. ns.). Prin urmare, o probă care nu are aptitudinea de a duce la soluționarea procesului din varii motive, urmează a fi considerată nerelevantă, judecătorul fiind singurul în măsură să ia o astfel de decizie, în temeiul art. 264 C.pr.civ.;

b) Proba cu înscrisul constând în propunerea financiară a S\_\_\_\_\_\_ nu putea conduce la soluționarea procesului deoarece oferta S\_\_\_\_\_\_ a fost respinsă ca neconformă, comisia de evaluare analizând exclusiv propunerea tehnică a contestatoarei. Propunerea financiară nu a fost niciodată verificată de către comisia de evaluare și, prin urmare, aceasta nu a făcut obiectul comunicării rezultatului Procedurii de atribuire către S\_\_\_\_\_\_. Oferta S\_\_\_\_\_\_ a fost descalificată în etapa intermediară de verificare a conformității propunerii tehnice cu cerințele Caietului de sarcini;

c) Instanța nu a fost învestită a se pronunța în legătură cu propunerea financiară a S\_\_\_\_\_\_ (de altfel, acest lucru nici nu ar fi fost posibil, câtă vreme ofertantul S\_\_\_\_\_\_ nu a ajuns în etapa de verificare a propunerii financiare în cadrul Procedurii de atribuire), astfel că proba solicitată de către S\_\_\_\_\_\_ a avut un puternic caracter neconcludent și neutil în soluționarea cauzei.

31. în concluzie, motivul de recurs invocat de către S\_\_\_\_\_\_ se impune a fi respins, decizia de respingere a probei cu înscrisul constând în propunerea financiară a S\_\_\_\_\_\_ fiind motivată corespunzător, în acest sens, prin încheierea de ședință din data de 23 aprilie 2018, instanța fondului reținând că: „având în vedere obiectul și motivul contestației tribunalul consideră că proba nu este pertinentă, concludentă și utilă cauzei și nu duce la soluționarea procesului", dat fiind că nu oferta financiară este contestată, ci cea tehnică.

D. SENTINȚA ESTE MOTIVATĂ ÎN MOD CORESPUNZĂTOR

D.1. Criterii de apreciere a gradului de motivare a hotărârii judecătorești

32. Dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) C.pr.civ. prevăd că hotărârea judecătorească trebuie să cuprindă motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților.

33. în practica și doctrina de specialitate s-a decis, respectiv, s-a afirmat că, pentru a fi îndeplinite cerințele de exigență ale motivării, o hotărâre judecătorească nu trebuie să fie motivată exhaustiv, ori să însumeze un anumit număr de pagini, ci, din cuprinsul hotărârii să transpară faptul că instanța a examinat în mod real problemele esențiale cu a căror soluționare a fost învestită. în acest sens, s-a pronunțat Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza Albina împotriva României (Hotărârea din 28 aprilie 2005), la paragraful 30 din hotărâre statuând că: „noțiunea de proces echitabil presupune ca o instanță internă care nu a motivat decât pe scurt hotărârea sa să fi examinat totuși în mod real problemele esențiale care i-au fost supuse, și nu doar să reia pur și simplu concluziile unei instanțe inferioare (Hotărârea Helle împotriva Finlandei, din 19 decembrie 1997, Culegere de hotărâri și decizii 1997 - VIII, p. 2.930, paragraful 60). Altfel spus, art. 6 implică mai ales în sarcina "instanței" obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia pertinența [Hotărârea Perez împotriva Franței (CC), Cererea nr. 47.287/99, paragraful 80, CEDH 2004-1, și Hotărârea V\_\_ der Hurk împotriva Olandei, din 19 aprilie 1994, \_\_\_\_\_\_\_, nr. 288, p. 19, paragraful 59].

34. Motivarea este, așadar, un element esențial al unei hotărâri judecătorești, o puternică garanție a imparțialității judecătorului și a calității actului de justiție, precum și o premisă a exercitării corespunzătoare de către instanța superioară a atribuțiilor de control judiciar de legalitate și temeinicie. însă, aceasta nu semnifică faptul că instanța trebuie să analizeze fiecare argument în parte, ci faptul că instanța trebuie să se pronunțe, în mod argumentat, cu privire la toate motivele cererii.

35. Or, așa cum vom arăta în continuare, Sentința pronunțată în cauză de Tribunalul București este motivată corespunzător, instanța analizând inclusiv motivele de contestație, invocate de către S\_\_\_\_\_\_ prin note scrise (pretinsa nerespectare a principiului tratamentului egal și pretinsa lipsă de transparență), pe parcursul soluționării în fond a cauzei, ulterior împlinirii termenului legal de contestare.

D.2. Sentința prezintă pe larg argumentele care au condus la respingerea contestației. Considerentele expuse de către instanța denotă înțelegerea corectă și completă a chestiunilor în dispută

36. S\_\_\_\_\_\_ face în cuprinsul motivelor de recurs o \_\_\_\_\_\_\_\_ afirmații false care au scopul de a induce în eroare instanța de control judiciar, prin crearea impresiei eronate că judecătorul fondului a fost părtinitor.

37. Susține S\_\_\_\_\_\_ că instanța de fond și-ar fi însușit în mod arbitrar unele dintre argumentele prezentate de către M\_\_\_\_\_\_\_ în adresa de comunicare a rezultatului Procedurii de atribuire, contestația fiind respinsă în mod implicit. Se mai susține de către S\_\_\_\_\_\_, cu rea-credință, că „instanța nu a analizat nici măcar un motiv de contestație formulat de Subscrisa din cele 17."

38. Vom prezenta în tabelul de mai jos motivele pentru care instanța de fond a respins contestația S\_\_\_\_\_\_, instanța de control judiciar urmând a constata că raportat la obiectul contestației. Sentința este în mod corespunzător motivată, argumentele S\_\_\_\_\_\_ în sens contrar neavând niciun fundament.

Motive invocate de către S\_\_\_\_\_\_ prin Considerentele Sentinței pronunțate dE Tribunalul București în cauză

Comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire nu respectă obligația informării corespunzătoare a ofertantului respins

Tribunalul constată că aceasta îndeplinește toate condițiile de formă și de fond ale unui act administrativ, raportat la specificul său de act emis în conformitate cu art. 227 din Legea nr. 99/2016, precum și cu art. 72 alin. (2) și (3) din HG nr. 394/2016.

Verificând comunicarea rezultatului evaluării propunerii tehnice, tribunalul constată că este suficient și complet motivată pentru ca reclamanta să înțeleagă rațiunile pentru care autoritatea contractantă a reținut motivele de neconformitate a propunerii tehnice, precum și ca instanța de judecată să poată efectua control judecătoresc.

De asemenea, tribunalul observă că, pentru fiecare dintre cele 17 motive de neconformitate, comisia de evaluare a prezentat explicații concrete, suficiente și complete, detaliate privind aspectele avute în vedere pentru declararea ca neconformă a propunerii tehnice a reclamantei.

Restricționarea nejustificată a accesului la în primul rând, tribunalul reține că reclamanta dosarul achiziției publice echivalează cu a solicitat atât pârâtei, după ce a primit împiedicarea exercitării dreptului la justiție rezultatul evaluării, cât și instanței de judecată, în cadrul contestației, accesul la dosarul achiziției publice.

Atât pârâta cât și tribunalul au avut în vedere dispozițiile art. 230 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016, prin care se prevede că, până la momentul finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției sectoriale nu are caracter public.

De asemenea, tribunalul a ținut cont, în momentul în care a intervenit finalizarea procedurii de atribuire și de prevederile art. 231 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 99/2016. De asemenea, tribunalul are în vedere și hotărârea din data de 14.02.2008 a CJUE în cauza 450/36 Varec S.A. contra Belgiei.

Or, la dosar există declarația de confidențialitate dată de intervenientă în cadrul procedurii cu privire la propunerea tehnică, în integralitatea sa, motiv pentru care tribunalul a respins, la termenul de judecată din data de 23.04.2018, cererea formulată de reclamantă privind accesul său la raportul procedurii de atribuire în totalitate, clarificările solicitate și răspunsul la clarificări cu privire la oferta tehnică, precum și raportul expertului cooptat asupra propunerii tehnice depusă de intervenientă.

Propunerea tehnică a S\_\_\_\_\_\_ este pe deplin Ofertantului îi revine obligația de a prezenta în conformă cerințelor Caietului de sarcini detaliu modul în care sunt îndeplinite toate cerințele prevăzute în Caietul de sarcini; în speța de față, reclamanta trebuia să prezinte modul în care vor fi realizate toate funcțiile pe care sistemul de siguranță a traficului propus de ofertant trebuie să le asigure.

Această obligație a reclamantei decurge din Fișa de date a achiziției în care se prevede modul de prezentare a propunerii tehnice, astfel: „Propunerea tehnică va fi întocmită astfel încât aceasta să prezinte detaliat modul în care sunt respectate punctual cerințele prevăzute în caietul de sarcini, acestea fiind considerate cerințe minimale, cu încadrare în graficul propus. Ofertantul va prezenta caracteristicile tehnice, parametrii și performanțele funcționale pe care se angajează să le asigure prin propunerea tehnică, cu raportare la cerințele stabilite prin caietul de sarcini. Ofertantul va descrie în detaliu modul de îndeplinire a fiecărei cerințe din caietul de sarcini și va exemplifica pe scheme funcționale. Ofertantul trebuie să aibă în vedere că nu se admit răspunsuri de tipul „DA, este oferit și realizat" sau copierea exactă a cerințelor din caietul de sarcini sau fișele tehnice, fără prezentarea detaliată a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe."

Reclamanta nu și-a întocmit oferta tehnică într-o manieră prin care să convingă pârâta cu privire la îndeplinirea exactă a cerințelor caietului de sarcini.

Faptul că entitatea contractantă a analizat oferta tehnică a reclamantei, precum și răspunsul la cele 110 întrebări de clarificare, într-un mod serios, cu bună-credință și cu respectarea interesului public în a găsi cele mai bune oferte tehnice, rezultă tocmai din procesul-verbal de evaluare nr. 04.04.01/313/21.11.2017, lista de verificare, anexă la acest proces-verbal, precum și raportul expertului cooptat, concluziile din aceste acte având la bază o evaluare amănunțită și profesionistă a modalității de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse prin documentația de atribuire, fiind acceptate 93 din răspunsurile la clarificări, restul de 17 fiind respinse.

Pretenția reclamantei ca pârâta să solicite clarificări din nou cu privire la aceleași probleme ce au făcut obiectul deja a două solicitări de clarificări este nejustificată, însemnând oferirea posibilității acestui ofertant de a depune o nouă ofertă și, mai mult, ar fi de natură să creeze un avantaj competitiv nepermis acesteia, încălcându-se astfel principiul tratamentului egal.

39. Din maniera în care este în concret motivată Sentința, rezultă că instanța de fond a analizat temeinic fiecare motiv de contestație invocat de către S\_\_\_\_\_\_, inclusiv cele care nu au făcut obiectul contestației inițiale, fiind invocate prin note scrise (pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal și principiul transparenței). Argumentele invocate de către S\_\_\_\_\_\_ în susținerea contestației au fost grupate de către instanța fondului și analizate împreună, această măsură încadrându-se în categoria celor de bună administrare a dosarului, nefiind de natură a încălca drepturile procesuale ale contestatoarei.

40. Argumentația expusă de către S\_\_\_\_\_\_ în motivele de recurs cu privire la pretinsa încălcare, de către instanța de fond, a principiului transparenței și a celui privind tratamentul egal și loial, nu este aplicabilă, fiind, cel mai probabil, invocată pentru a asigura îndeplinirea condițiilor formale ale recursului și încadrarea criticilor recurentei în motivele de casare limitativ reglementate de Codul de Procedură Civilă. Niciunul dintre considerentele instanței de fond nu poate conduce la încălcarea vreunui drept al S\_\_\_\_\_\_ ci, dimpotrivă, judecătorul fondului, analizând fiecare motiv al contestației, l-a respins motivat, după o analiză proprie și potrivit înțelegerii sale. Or, aspectele care țin de maniera în care judecătorul fondului a apreciat probele și a înțeles să grupeze argumentele contestației nu pot forma obiect al recursului - cale extraordinară de atac - care poate fi promovată doar pe aspecte de nelegalitate a hotărârii recurate și nicidecum pentru motive de netemeinicie.

41. Contrar susținerilor S\_\_\_\_\_\_ în sensul că „instanța nu a analizat nici măcar un motiv de contestație formulat de Subscrisa din cele 17", la o simplă lectură, în paralel, a motivelor de contestație și a Sentinței rezultă în mod neechivoc că motivele invocate de S\_\_\_\_\_\_ în susținerea contestației au fost analizate și soluționate de instanța fondului. Mai mult, instanța nu avea obligația de a analizat toate cele 17 motive de neconformitate reținute de M\_\_\_\_\_\_\_ în adresa de comunicare a rezultatului Procedurii de atribuire către S\_\_\_\_\_\_, fiind suficient ca numai un astfel de motiv să fie analizat și, în situația în care era găsit întemeiat, contestația să fie respinsă.

E. ESTE NEFONDATĂ CRITICA S\_\_\_\_\_\_ CU PRIVIRE LA PRETINSA LIPSĂ DE VERIFICARE DE CĂTRE TRIBUNAL A MOTIVELOR DE NELEGALITATE INVOCATE DE CĂTRE CONTESTATOARE

42. S\_\_\_\_\_\_ își manifestă nemulțumirea față de Sentință făcând referire inclusiv la faptul că instanța de fond nu ar fi verificat motivele de nelegalitate a evaluării invocate de către S\_\_\_\_\_\_ și că instanța ar fi considerat suficient „aspectul cantitativ legat de transmiterea a 110 întrebări prin cele doua solicitări de clarificare, deși A\_\_\_\_\_ a primit trei solicitări de clarificări pentru oferta tehnică și 6 pentru oferta financiară, important este conținutul dezbaterilor."

43. Vom arăta mai jos că evaluarea ofertelor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare, instanța nefiind posibil a se substitui atribuțiilor membrilor comisiei de evaluare și, mai mult, criticile S\_\_\_\_\_\_ cu privire la conținutul solicitărilor de clarificare ce i-au fost adresate pe perioada de evaluare au fost tardiv invocate și, prin urmare, instanța fondului nu le putea analiza.

E. 1. Evaluarea ofertelor reprezintă apanajul exclusiv al comisiei de evaluare

44. Criticile referitoare la maniera concretă în care a fost evaluată oferta S\_\_\_\_\_\_ prin comparație cu oferta A\_\_\_\_\_ sunt nefondate, câtă vreme, evaluarea ofertelor reprezintă exclusiv apanajul comisiei de evaluare, nefiind posibil ca instanța de judecată să se substituie membrilor comisiei de evaluare sau experților tehnici cooptați în procedura de atribuire, acestea din urmă fiind persoane cu pregătire tehnică de specialitate în domeniul atribuirii contractului, cu atât mai puțin cu cât nu a fost învestită în acest sens.

45. Tot apanajul exclusiv al comisiei de evaluare îl reprezintă și clarificările, respectiv stabilirea numărului și conținutul clarificărilor necesar a fi solicitate ofertanților, acestea fiind decise în funcție de oferta fiecăruia dintre operatorii economici participanți și de întrebările concrete ce ne nasc la momentul analizei ofertelor.

46. Prin urmare, în procesul de evaluare a ofertelor, singura în măsură să stabilească dacă sunt necesare clarificări și câte astfel de clarificări sunt necesare este exclusiv comisia de evaluare. în acest sens, art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 prevede că:

„în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței." (subl. ns.)

47. Reglementarea legală este absolut firească în condițiile în care comisia de evaluare este și cea care evaluează, în concret, ofertele. Devine astfel firesc și dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări al căror scop este acela de a clarifica anumite aspecte incomplete / eronate / ambigue din cadrul ofertelor. Desigur că dreptul comisiei de evaluare de a clarifica ofertele comportă anumite limitări, el nu este unul absolut, fiind subsumat principiilor tratamentului egal și transparenței. Practic, prin adresarea unei solicitări de clarificare unui anumit operator economic, comisia de evaluare trebuie să se asigure că nu încalcă principiul tratamentului egal, prin crearea operatorului economic a cărui ofertă este clarificată, a unui avantaj evident în raport de restul ofertanților. în acest sens s-a pronunțat în mod corect și instanța de fond, considerentele fiind expuse pe larg la pag. 14, la primele 6 (șase) paragrafe din Sentință.

48. Dacă însă unui anumit ofertant îi sunt solicitate numai 2 clarificări, iar altuia 20, aceasta nu înseamnă că autoritatea contractată a încălcat principiul tratamentului egal sau pe cel al transparenței, deoarece întrebări le necesar a fi adresate prin clarificări sunt stabilite în concret în raport de conținutul fiecărei oferte în parte. Comisia de evaluare realizează o analiză individuală, ofertele nu sunt niciodată analizate în \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ diferă aproape întotdeauna de la ofertant la ofertant. în acest context, devine redundant să mai insistăm asupra caracterului nefondat al criticii privind pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal, câtă vreme, chiar dacă oferta A\_\_\_\_\_ a fost clarificată mai mult sau mai puțin decât cea a S\_\_\_\_\_\_, acest lucru nu are semnificația faptului că ar fi fost încălcat principiul tratamentului egal, ci doar faptul că în legătură cu o ofertă au fost necesare mai multe explicații decât în legătură cu cealaltă. Dimpotrivă, cu cât o ofertă este mai corect și complet întocmită, cu atât mai puține clarificări sunt necesar a fi adresate. Mai mult, din conținutul întrebărilor de clarificare adresate de către comisia de evaluare ofertantului S\_\_\_\_\_\_, așa cum în mod judicios a reținut și instanța de fond, rezultă cu evidență faptul că Entitatea contractantă nu a dorit nicidecum să pună piedici acestui ofertant, ci a dorit să îl ajute, prin adresarea unor întrebări clare și concise, asupra cărora a revenit când a sesizat că S\_\_\_\_\_\_ nu reușește să răspundă concludent.

49. în legătură cu dreptul autorităților contractante de a solicita clarificări, există o bogată jurisprudență națională, din care, cu titlu exemplificativ prezentăm concluziile Curții de Apel București, Secția a VIII-a de C\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Administrativ și Fiscal expuse în deciziile nr. 3870/06.07.2016 și nr. 897/27.02.2017:

„Deși prevederile legale redate fac mențiune despre doar despre dreptul de a solicita clarificări, acest drept nu trebuie exercitat în mod discreționar, cu exces de putere, respectiv numai în cazul în care comisia dorește și cu privire la clarificâri/completări pe care aceasta dorește să le solicite, ci trebuie exercitat în limitele și potrivit scopului pentru care a fost instituit, adică pentru a se asigura că se dețin toate datele necesare pentru evaluarea adecvată și corectă a ofertelor. în spatele dreptului autorității de a solicita clarificări sta obligația de a obține toate informațiile necesare evaluării ofertelor care ar conține neclarități sau exprimări ambigue, astfel încât să se asigure că este pe deplin edificată cu privire la îndeplinirea I neîndeplinirea de către oferte a cerințelor de calificare și/sau a specificațiilor tehnice." (subl. ns.)

50. în concluzie, prin adresarea întrebărilor de clarificare, Entitatea contractantă nu a făcut altceva decât să acționeze în spiritul legii și potrivit scopului pentru care dreptul de a solicita clarificări a fost instituit, respectiv pentru a se edifica cu privire la conținutul ofertei tehnice a S\_\_\_\_\_\_ și a analiza dacă, în raport de prevederile documentației de atribuire, acest ofertant îndeplinește sau nu cerințele minime de calificare și, respectiv, dacă sistemul ofertat de către acesta respectă specificațiile tehnice din conținutul Caietului de sarcini, acestea fiind și considerentele exprimate de către instanța de fond în Sentință.

51. în legătură cu necesitatea respectării principiului tratamentului egal la momentul solicitărilor de clarificări, legiuitorul a avut în vedere protejarea celorlalți ofertanți care nu sunt clarificați față de un ofertant care a fost clarificat, iar prin întrebările adresate, autoritatea contractantă l-a favorizat, determinând în favoarea acestuia un avantaj evident în raport de restul competitorilor, participanți la respectiva procedură de atribuire. în acest sens s-a pronunțat și instanța de fond la pag. 14 din Sentință, reținând că:

„Modul repetitiv de a solicita clarificări cu privire la aceleași aspecte până când ofertantul răspunde în sensul cerut de caietul de sarcini, înseamnă a-i crea posibilitatea să-și elaboreze oferta cu ajutorul entității contractante, oferindu-i astfel un avantaj competitiv față de celălalt ofertant, încălcându-se atât principiile consacrate în legislația națională [...], respectiv nediscriminare și tratament egal, precum și în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (Hotărârea din 29.03.2012 în cauza C-599/10, hotărârea din 11.05.2017 în cauza C-131/2016, cauza C-336/12)."

E.2. S\_\_\_\_\_\_ a încercat, în mod tardiv, să fie repusă în termenul de a contesta conținutul solicitărilor de clarificare ce i-au fost adresate de către comisia de evaluare

52. Prin notele scrise și notele de ședință pregătite de către S\_\_\_\_\_\_ pentru termenul de judecată din data de 23 aprilie 2018, aceasta a invocat critici împotriva conținutului concret al unora dintre solicitările de clarificare ce i-au fost adresate, făcând totodată comparații și supoziții în legătură cu oferta A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ pe care, însă, nu o cunoștea și nu o cunoaște nici în prezent.

53. Astfel de critici, îndreptate împotriva solicitărilor de clarificare erau tardive față de momentul invocării lor. Orice operator economic care primește o întrebare de clarificare din partea autorității contractante are dreptul de a o contesta în termen de 10 sau de 5 zile (în funcție de tipul și valoarea contractului) care începe să curgă la data comunicării unei astfel de solicitări. Prin urmare, dacă S\_\_\_\_\_\_ ar fi considerat nelegale / netemeinice / ambigue / incomplete solicitările de clarificări ce i-au fost adresate, acesta avea dreptul de a le contesta înăuntrul termenului legal de contestație care, în speță, este de 10 zile. Nu numai că S\_\_\_\_\_\_ nu a contestat clarificările ce i-au fost adresate, ci, mai mult, a și răspuns acestor clarificări, fiind astfel de acord cu conținutul întrebărilor. în fața instanței de fond, S\_\_\_\_\_\_ nu mai deținea nicio pârghie legală pentru a contesta clarificările ce i-au fost adresate, dat fiind că, fața de data primirii acestor clarificări, termenul de contestare s-a împlinit. Cu toate acestea, instanța de fond a analizat inclusiv aceste critici invocate de către S\_\_\_\_\_\_, statuând că solicitările de clarificare au fost adresate de către comisia de evaluare într-un mod serios, cu bună-credință și cu respectarea interesului public în a găsi cele mai bune oferte tehnice [pag. 13 din Sentință, ultimul paragraf].

54. în fine, precizăm că analiza comparativă a celor două oferte, propusă de către S\_\_\_\_\_\_ prin note scrise și nerealizată de către instanța de fond nu poate fi avută în vedere ca motiv de recurs, în primul rând, pentru că oferta A\_\_\_\_\_ nu a făcut obiectul contestației și, în al doilea rând, pentru că o astfel de critică (privind pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal nu a fost invocată prin contestație, ci tardiv, prin note scrise). Mai mult, referirile S\_\_\_\_\_\_ la oferta A\_\_\_\_\_ au fost pure supoziții nefericite și disperate, care s-au dovedit a nu avea niciun suport (câtă vreme oferta A\_\_\_\_\_ a fost desemnată câștigătoare), cu atât mai mult cu cât recurenta însăși a recunoscut faptul că nu a avut acces la nici la documentația de ofertă a subscrisei și nici la clarificările adresate / răspunsurile furnizate.

55. Ne vom referi în continuare la fiecare dintre motivele de neconformitate a ofertei S\_\_\_\_\_\_ în legătură cu care aceasta a formulat critici prin motivele de recurs.

F. OFERTA S\_\_\_\_\_\_ ESTE NECONFORMĂ

56. Cu titlu preliminar, precizăm că, profitând de gradul ridicat de tehnicitate a neconformităților ofertei sale, prin afirmațiile nesusținute pe care le face în tot cuprinsul motivelor de recurs, S\_\_\_\_\_\_ încearcă în fapt să inducă în eroare instanța de control judiciar. Desigur că, toate speculațiile și încercările S\_\_\_\_\_\_ de a distrage atenția de la problemele majore ale propriei oferte (probleme sesizate inclusiv de către experții cooptați în Procedura de atribuire) au fost combătute atât de către subscrisa, cât și de către Entitatea contractantă.

F.1. Fișa de date a achiziției impune prezentarea detaliată a modalității de îndeplinire a cerințelor Caietului de sarcini

57. Cu titlu preliminar rugăm instanța să observe că oferta S\_\_\_\_\_\_ a fost în mod corect respinsă, chiar S\_\_\_\_\_\_ recunoscând în cuprinsul propriilor sale documente procesuale depuse la instanța de fond că: (i) a transmis reprezentarea grafică a arhitecturii stațiilor abia cu prilejul răspunsului la clarificarea Entității contractante, completându-și astfel propunerea tehnică; (ii) nu a depus schița detaliată referitoare la circulația banalizată; (iii) nu a prezentat planul de semnalizare cu reprezentarea grafică a tuturor elementelor; (iv) nu a prezentat caracteristicile tehnice, parametrii și performanțele funcționale pe care s-a angajat să le asigure prin propunerea tehnică în ceea ce privește tablourile de distribuție a energiei, pentru a demonstra îndeplinirea cerințelor stabilite prin caietul de sarcini, S\_\_\_\_\_\_ considerând că o astfel de detaliere nu se impune (!!!).

58. în legătură cu caracterul neconform al acestei oferte, dorim să subliniem faptul că, deși ofertantei S\_\_\_\_\_\_ i se pare „nerezonabil nivelul de detaliu impus prin documentația de atribuire", acest nivel de detaliu a fost expres prevăzut în cadrul Fișei de date a achiziției -parte din documentația de atribuire - care, necontestată fiind, are caracter obligatoriu atât pentru ofertanți cât și pentru Entitatea contractantă. Prin urmare, nici dacă ar fi vrut, prin absurd, Entitatea contractantă să nu țină cont de acest „nivel de detaliu nerezonabil", aceasta nu ar fi avut această posibilitate, câtă vreme potrivit secțiunii IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din Fișa de date a achiziției, ofertanții aveau următoarele obligații:

a) Să întocmească propunerea tehnică astfel încât aceasta să prezinte detaliat modul în care sunt respectate punctual cerințele prevăzute în caietul de sarcini, acestea fiind considerate cerințe minimale, cu încadrare în graficul propus; prezentarea detaliată impusă prin documentație de atribuire nu poate echivala cu posibilitatea comisiei de evaluare de a interpreta, extinde sau prezuma îndeplinirea anumitor cerințe concrete, cum își dorește S\_\_\_\_\_\_;

b) Să prezinte caracteristicile tehnice, parametrii și performantele funcționale pe care se angajează să le asigure prin propunerea tehnică, cu raportare la cerințele stabilite prin caietul de sarcini. Se vor prezenta obligatoriu documente oficiale edificatoare privind asigurarea conformității cu cerințele stabilite prin caietul de sarcini. în acest sens pot fi prezentate, după caz: dosarul tehnic al producătorului, file de catalog, rapoarte de încercare/testare emise de organisme recunoscute, cum ar fi, după caz, laboratoare neutre de încercări, organisme de certificare și inspecție care asigura respectarea standardelor aplicabile; din nou, față de imperativul demonstrării concrete a fiecăruia dintre parametrii tehnici de interes pentru procedură, nu se poate considera permisă interpretarea și prezumarea îndeplinirii cerințelor pe baza unor simple declarații sau raționamente tehnice/funcționale care nu se regăsesc, efectiv, în documentația de ofertă;

c) Să descrie în detaliu modul de îndeplinire a fiecărei cerințe din caietul de sarcini și să exemplifice pe scheme funcționale. Ofertantul trebuie să aibă în vedere că nu se admit răspunsuri de tipul "DA, este oferit si realizat" sau copierea exactă a cerințelor din caietul de sarcini sau fișele tehnice, fără prezentarea detaliată a modului de îndeplinire a fiecărei cerințe; este, așadar, lipsit de echivoc faptul că s-a urmărit demonstrarea efectivă a modului de îndeplinire a cerinței, nefiind permise declarații generale de conformitate;

d) Să prezinte procedurile tehnice de execuție sau instrucțiuni de lucru care vor fi aplicate la executarea lucrărilor de instalare / montare a echipamentelor care fac obiectul procedurii și planul de control al calității, verificări si încercări. Și sub acest aspect, devine evidentă intenția Entității contractante de a se asigura că, prin documentația de ofertă depusă, participanții vor demonstra efectiv modul de operare a echipamentelor menționate, funcționalități le lor și modul de operare, nefiind permisă o interpretare tehnică proprie comisiei cu privire la modalitatea în care acestea urmează a fi avute în vedere în cadrul proiectului.

F.2. Cerința privind echipamentul ATC îmbarcat nu este îndeplinită (...)

F.3. Cerința privind arhitectura sistemului CBTC și Depoul Valea Ialomiței nu este îndeplinită (...)

F.4. Cerința privind mecanismul de acționare a macazurilor și saboților de deraiere, respectiv semnalele de manevră nu este îndeplinită

F.5. Cerința privind tablourile de distribuție a energiei (TID) nu este îndeplinită

F.6. Cerința privind posibilitatea de extindere a sistemului cu minim 15% nu este îndeplinită

F.7. Cerința privind timpul de comutare a sensurilor de mers nu este îndeplinită

F.8. Cerința privind afișarea pozițiilor trenurilor la dispeceratul energetic nu este îndeplinită

Analizând recursul prin prisma motivelor de recurs invocate, Curtea constată următoarele:

Ca prim aspect prealabil, dat fiind numărul mare de critici formulate și ampla lor dezvoltare, care vizezază atît încheierile de ședină cât și sentința, și care se circumscriu, fiecare dintre ele, mai multor motive de casare dintre cele prevăzute de art.488 C\_\_, Curtea le va analiza în ordinea în care au fost invocate, în funcția de actul procesual contestat.

Un al doilea aspect prealabil, a cărui subliniere este necesară, și valabil în tot cursul analizei, este acela că prin contestația formulată în fața Tribunalului București, contestatoarea S\_\_\_\_\_\_ a învestit instanța cu critici vizând exclusiv măsura de respingere ca neconformă a ofertei sale, iar nu cu „verificarea legalității procedurii evaluării ofertelor”, cum susține în recurs (pct.13). Oferta intervenientei A\_\_\_\_\_, soluția comisiei asupra acesteia nu a făcut obiectul contestației S\_\_\_\_\_\_ în prezenta cauză, astfel încât analiza criticilor recurentei-contestatoare cu referire la oferta intervenientei A\_\_\_\_\_ se va limita strict la aspectele necesare determinării caracterului legal al măsurii de declarare ca neconformă a ofertei recurentei, dincolo de care orice analiză cu privire la declararea admisibilă a ofertei A\_\_\_\_\_ apare ca excedând prezentei cauze.

Motivul referitor la nelegalitatea încheierilor de ședință și a sentinței prin prisma încălcării dreptului la apărare (art.13 C\_\_,), prevăzut de art.488 pct.5. și prin prisma motivării necorespunzătoare a refuzului de a acorda acces la dosarul achiziției publice, prevăzut de art.488 pct.6

Recurenta susține că refuzul propriu-zis de acces la oferta tehnică A\_\_\_\_\_ și la evaluarea făcută acesteia de comisia de evaluare a autorității contractante i-a încălcat dreptul la apărare sub forma dreptului de a lua la cunoștință de toate actele și faptele relevante din cauză. Totodată, că acest refuz nu a fost motivat corespunzător de instanță.

Curtea, în ceea ce privește motivarea primei instanțe asupra refuzului de a încuviința recurentei accesul la oferta tehnică a A\_\_\_\_\_, constată că aceasta este completă și conține argumente pertinente, temeinice și legale. Astfel, prima instanță a stabilit situația de fapt raportat atât la momentul anterior finalizării procedurii de atribuire, cât și ulterior acestui moment, existența declarației de confidențialitate a intervenientei A\_\_\_\_\_ cu privire la propunerea sa tehnică, în integralitatea sa, a redat dispozițiile legale aplicabile pentru cele două ipoteze distincte – art.230 alin.1 și 4, respectiv art.231 alin.4-6 din Legea nr.99/2016 și a argumentat încadrarea situației de fapt în ipoteza normei juridice. De asemenea, a menționat Hotărârea CJUE în cauza 450/36 Varec SA comntra Belgiei, invocată de recurenta însăși.

Potrivit hotărârii din 14.02.2008 în cauza menționată, “ trebuie interpretat în sensul că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților în litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.”

Prin urmare, chiar jurisprudența CJUE recunoaște instanței judecătorești dreptul de apreciere cu privire la măsura în care trebuie și poate să garanteze confidențialitatea și secretul ofertei tehnice a intervenientei și îi permite să pună în balanță interesul protejării secretului comercial cu acela al respectării dreptului la apărare. Curtea consideră că prima instanță a respectat acest echilibru, având în vedere faptul că obiectul prezentei cereri îl constituie contestarea declarării ca neconformă a ofertei reclamantei, iar nu a soluției date de comisia de evaluare asupra ofertei intervenientei. Or, neconformitatea ofertei S\_\_\_\_\_\_ decurge din cauze intrinseci acesteia, din modalitatea în care ofertantul însuși și-a prezentat și explicat soluțiile tehnice, iar nu dintr-o analiză comparativă a tuturor ofertelor depuse care să facă necesară cunoașterea detaliilor fiecărei oferte de către toți ofertanții.

Prima instanță în mod corect si-a bazat decizia cu privire la neacordarea accesului la oferta tehnică nici chiar după finalizarea procedurii de atribuire, pe declarația de confidențialitate a contracandidatului, în conformitate cu art.231 alin.6 din Legea nr.99/2016, potrivit căruia entitatea contractantă este obligată să permit accesul neîngrădit al ofertantului la raportul procedurii de atribuire sau la informații din documentele de calificare ori din cadrul propunerilor tehnice “care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.” Prin urmare, lege nu pretinde autorității contractante – și nici instanței - să verifice ea însăși în ce măsură este justificată sau nu declarația de confidențialitate.

Soluția primei instanțe este conformă nu doar literei legii, dar și scopului acesteia. În considerentele Hotărârii CJUE din 14.02.2008, s-a reținut că menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței CJUE, astfel încât, “în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.”

In concluziile avocatului general formulate în cauza C-450/06, acesta menționează: “atunci când confidențialitatea este protejată în cadrul unei procedure de achiziții publice, în etapa atribuirii, această protecție și-ar pierde întreaga valoare dacă nu ar fi asigurată în același fel în orice etapă ulterioară privind exercitarea căilor de atac” (par.44). “Neprotejarea informațiilor communicate cu titlu confidențial într-o asemenea procedură, în etapa atribuirii, ar conduce la consecința inadmisibilă ca un ofertant care nu a fost reținut să pată fi determinat să conteste atribuirea – sau chiar să depună o ofertă în mod vădit inaptă a fi reținută pentru a putea ulterior să conteste atribuirea – doar cu scopul de a obține accesul la secretele comerciale ale uni concurrent” (par.46).

Deși în speța de față reclamanta încearcă să justifice solicitarea sa de acces pe de o parte printr-o pretinsă verificare a respectării, de către entitatea achizitoare, a principiului tratamentului egal în evaluarea ofertelor, iar pe de altă parte prin prisma respectării dreptului său de apărare prin cunoașterea actelor și datelor relevante, Curtea consideră că în raport cu obiectul contestației, având drept cauză convingerea reclamantei că eliminarea ofertei sale a fost nelegală și netemeinică, solicitarea sa de acordare a accesului la oferta tehnică a intervenientei, cunoașterea detaliilor din oferta tehnică a celuilalt ofertant nu era absolut necesară, reclamanta având a critica motivele pentru care oferta S\_\_\_\_\_\_ a fost exclusă din procedură – cauze care țin exclusiv de modul de prezentare a ofertei de către reclamantă - iar nu pe cele pentru care oferta A\_\_\_\_\_ a fost declarată conformă (acest aspect făcând obiectul unui alt litigiu, în dosarul nr. xxxxx/3/2018).

După cum citează recurenta însăși din hotărârea pronunțată în cauza C480/99 pct.24, s.ar putea vorbi de încălcarea dreptului la un process echitabil “dacă o decizie judiciară s-ar întemeia pe fapte sau documente de care părțile sau doar una dintre ele nu au putut să ia cunoștință și în legătură cu care nu au fost în măsură să își formulize apărările”. Prin urmare, premisa încălcării dreptului la apărare prin refuzul de acces la anumite date sau documente este aceea ca hotărârea judecătorească să se întemeieze pe acele date sau documente neaduse la cunoștința uneia din părți. Sau, după cum tot recurenta subliniază (par 39), părțile trebuie să aibă acces “la toate probele relevante pentru rezultatul căii de atac ”. Or, după cum rezultă cu evidență din analiza sentinței recurate și din însuși obiectul litigiului, prima instanță nu s-a întemeiat în hotărârea sa în niciun fel pe elemente conținute sau în legătură cu oferta tehnică a intervenientei A\_\_\_\_\_, pentru ca aceasta să fie necesar a fi cunoascută părții adverse; prin urmare, din această perspectivă, necunoașterea ofertei tehnice - nefiind un element necesar, relevant pentru soluționarea contestației împotriva raportului procedurii de atribuire în ceea ce privește evaluarea ofertei reclamantei și declararea acesteia ca neconformă - nu putea afecta dreptul la apărare al recurentei-contestatoare.

În al doilea rând, având în vedere complexitatea deosebită a obiectului achiziției - echipamente și prestarea serviciilor de proiectare si executarea lucrărilor aferente montării si punerii în funcțiune a sistemului de siguranță si automatizare a traficului – prin urmare tehnologie complexă, de ultimă generație, că ofertanții sunt doi jucători foarte importanți în domeniu, față de etapa procedurii – încheierea atribuirii, Curtea apreciază că prejudiciile pe care le-ar fi putut suferi intervenienta ca urmare a permiterii accesului reclamantei la oferta sa tehnică puteau fi mult mai mari prin permiterea accesului, în timp ce, dreptul de apărare al reclamantei nu a fost afectat prin refuzul accesului la elemente ale ofertei tehnice ale celeilalte părți. Curtea reține, în acest sens, ca fiind perfect aplicabil, argumentul avocatului general în concluziile formulate în cauza C-450/06: “dreptul unei părți la un proces echitabil nu este în niciun fel afectat dacă I se refuză accesul la probe care nu sunt luate în considerare în detrimental său și care nu ar fi putut fi luate în considerare în favoarea sa” (par.38).

Pentru considerentele de mai sus, Curtea va înlătura motivele de casare menționate la pct. I.

Motivul referitor la refuzul instanței de a primi la dosar oferta financiară depusă de S\_\_\_\_\_\_ în procedura de achiziție publică

Curtea apreciază motivul nefondat.

Potrivit art. 255 C.pr.civ. „probele trebuie să fie admisibile potrivit legii și să ducă la soluționarea procesului." Prin urmare, o probă care nu are aptitudinea de a duce la soluționarea procesului, poate f respinsă ca nerelevantă, judecătorul fiind singurul în măsură să ia o astfel de decizie, în temeiul art. 264 C.pr.civ. Având în vedere că oferta S\_\_\_\_\_\_ nu a ajuns să parcurgă etapa de evaluare a propunerii financiare, fiind respinsă în etapa de verificare a propunerii tehnice (anterioară celei în care sunt evaluate propunerile tehnice) ca neconformă, din cauza neconformităților ofertei, oferta financiară, chiar dacă ar fi fost în mod semnificativ mai avantajoasă, nu aducea nicio modificare în ansamblul procedurii, nu suplinea lipsurile ofertei tehnice și nu înlătura impedimentul rezultat din declararea neconformă a ofertei.

De altfel prin împărțirea procedurii în două etape, și având în vedere că reclamanta nu a depășit-o pe prima dintre acestea, oferta financiară nu putea face nici direct nici indirect obiect al cererii reclamantei, nefiind niciodată verificată de către comisia de evaluare și, prin urmare, aceasta nu a făcut obiectul comunicării rezultatului Procedurii de atribuire către S\_\_\_\_\_\_. În aceste condiții, depunerea sa la dosar, chiar în cadrul probatoriului, a fost în mod corect respinsă de instanță ca nefiind utilă.

Motivul referitor la nelegalitatea sentinței prin prisma necorespunzătoarei motivări – art.488 pct.6 C\_\_

Curtea apreciază că motivul este nefondat.

Din analiza sentinței recurate rezultă că susținerile părților au fost examinate de către instanța, aceasta a procedat la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor si elementelor de proba sau, după caz, a apreciat pertinența și utilitatea acestora. Motivarea sentinței este aptă să demonstreze părților faptul că instanța a analizat efectiv cauza, pozițiile părților și argumentele acestora.

Totodată, Curtea constată că motivarea esteclară și inteligibilă.. Contrar celor susținute de recurentă, Curtea consideră că nici ordinea de expunere a considerentelor și nici modul rezmativ de prezentare a argumentelor nu sunt motive pentru a considera că hotărârea este nemotivată, atâta vreme cât judecătorul a răspuns tuturor motivelor invocate de reclamantă, chiar dacă grupând problematica după anumite criterii, altfel decât le-a prezentat reclamanta. După cum se cunoaște, motivarea nu trebuie să cuprindă răspunsul instanței la fiecare afirmație a părților, fiind util un răspuns sintetic, clar, chiar și implicit, asupra motivelor principale, suficient cât judecătorul să facă înțelese resorturile gândirii care au condus la soluție și să înlăture posibilitatea unui arbitrariu în decizia sa. În speță, Curtea apreciază motivarea clară, concisă, sintetică, orgnizată, considerând că simplitatea și claritatea argumentării sunt în măsură a împlini scopul motivării, destinată în primul rând părților, mai satisfăcător decât dacă instanța ar fi recurs la expuneri ample, stufoase și repetitive, în care esența argumentului se diluează. Scopul motivării unui act judiciar, indiferent de la ce participant la proces provine, nu este acela de a testa capacitatea de sinteză și memorare a celui căruia i se adresează, ci de a construi într-un mod eficient –cât mai direct, scurt, concentrat, accesibil – traseul logic între premisă și concluzie.

Curtea observă, în context, că motivarea este bină structurată, judecătorul identificând pe rând problemele litigioase, abordând distinct fiecare problemă și dezvoltând argumentația corespunzătoare.

Astfel, prima instanță a reținut elementele situației de fapt (filele 11-12), a argumentat soluția de a refuza accesul reclamantei la oferta tehnică a celuilalt ofertant, a făcu propria analiză asupra adresei de comnicare a rezultatului evaluării propunerii tehnice, motivarea acestui document și măsura în care permitea înțelegerea argumentelor pentru care oferta reclamantei a fost respinsă ca neconformă. Totodată, a analizat instanța explicațiile date de comisia de evaluare pentru cele 17 motive de neconformitate reținute, apreciind că aceste explicații sunt concrete, suficiente, complete, detaliate. Totodată, prima instanță a argmentat de ce considerat temeinică și legală solicitarea de lămuriri a autorității contractante, obligația ofertanților de a elabora oferta tehnică astfel încât să răspundă complet și corect caietului de sarcini și a făcut propria analiză asupra fișei de date a achziției. De asemenea, a prezentat propria analiză și percepție cu privire la modul în care reclamanta a adus clarificări și asupra modului în care autoritatea contarctantă a evaluat oferta tehnică astfel lămurită, făcând o interpretare a probelor directe și indirecte pentru a înlătura suspiciunile contestatoarei cu privire la reaua-credință a autorității contractante (deși contetstoarea însăși ar fi trebuit să demonstreze reaua-credință), cu privire la comportamentul echitabile al autorității contractante față de ambii ofertanți. Prima instanță a analizat și a motivat în drept și cu argumente jurisprudențiale faptul că legea și principiul nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței nu permit autoritații contractante să solicite în mod repetat lămuriri de la un ofertant.

Analizând susținerile recurentei potrivit cărora motivarea instanței ar fi abstractă, că prima instanță nu a analizat nici măcar un motiv de contestație din cele 17, lipsită de o analiză calitativă, Curtea constată caracterul nefondat al acestora. După analiza aspectelor anterior enumerate, prima instanță a analizat, structurat și punctual, criticile cu privire la o parte din cele 17 neconformități contestate de reclamantă. Astfel, sintetizând numeroasele afirmații și critici formulate prin acțiune, judecătorul reține (pg. 14): „ Trecand la analiza motivelor pentru care oferta tehnica a reclamantei a fost respinsa ca neconforma, tribunalul constata ca parata a realizat o evaluare corecta a propunerii tehnice a reclamantei si a raspunsului la clarificari, intrucat reclamanta nu a demonstrat indeplinirea tuturor cerintelor din caietul de sarcini.

Prin urmare, tribunalul identifica trei motive principale de nelegalitate a solicitarilor de clarificari, ce au dus, in final, la eveluarea gresita a ofertei reclamantei”, fiind în continuare analizată legalitatea din perspectiva: (1) gradului de detaliere pe care putea să îl pretindă autoritatea pârâtă; (2) reținerii unor neconformități care însă nu corespundeau caietului de sarcini sau solicitărilor de clarificare; (3) neînțelegerii de către autoritatea contractantă a clarificărilor (fila 15). Sub cel de-al doilea aspect, instanța a analizat critici cu privire la: circulația banalizată, mecanismele de actionare a macazurilor si sabotilor de deraiere și mecanismul lor de acționare, semnalele de manevră și tablourile de electroalimentare (TID). Sub cel de al treilea aspect, judecătorul s-a pronunțat cu privire la: posibilitatea de extindere a sistemului, utilizarea terminologiei specific domeniului feroviar, rebrusarea cu unul sau doi mecanici la bord, cerința privind Afișarea situației sintetice a traficului la sediul M\_\_\_\_\_\_\_ S.A. (Palatul CFR \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ de test si sala de scolarizare. Pe baza analizei punctuale și a motivării, tribunalul a concluzionat că “verificand sustinerea reclamantei conform careia parata a retinut raspunsuri la clarificari prin care se clarificau cu totul alte aspecte tehnice, tribunalul o gaseste neintemeiata.”

Analiza nu este nici abstractă, nici superficială. Curtea reamintește că instanța nu era ținută și nici nu avea cum să analizeze și să evalueze, ea însăși, din punct de vedere tehnic , activitatea comisiei de evaluare și a experților tehnici cooptați, să verifice corectitudinea punctelor de vedere exprimate de aceștia și a concluziilor de constatare a neconformităților. Instanța a făcut propria analiză în raport cu criticile punctuale ale reclamantei și în limitele competenței sale de verificare a legalității procedurii de atribuire.

Referirea repetată a primei instanțe la numărul semnificativ de lămuriri pe care autoritatea contractantă le-a adresat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ nu poate fi considerat, astfel cum susține recurenta, un indiciu al refuzului instanței de a le analiza pe fond, ci un argument implicit al judecătorului în sensul că prezentarea ofertei tehnice a avut de la început o \_\_\_\_\_\_\_\_ deficiențe sau neînțelegeri, care, în pofida solicitărilor de clarificare din partea AC, nu au putut fi înlăturate cu totul. Aprecierea primei instanțe face parte din procesul argumentativ, sprijinind soluția finală.

În fine, cât privește reproșul adus judecătorului că ar fi ales aleatoriu unele dintre aspectele tehnice, Curtea reamintește că pentru a fi admisibilă, oferta trebuie să îndeplinească toate cerințele din documentația de atribuire în mod cumulativ (potrivit art.228 alin. (5) din Legea nr.99/2016, oferta este considerată neconformă dacă nu respectă documentele achiziției.) Prin urmare, neîndeplinirea unei singure cerințe afectează conformitatea întregii oferte. Din 17 neconformități, instanța nu era ținută să le analizeze pe toate, fiind suficient ca una dintre acestea să se mențină pentru ca întreaga ofertă să fie declarată neconformă. In raport cu acest argument, nu numai că motivarea primei instanțe nu este insuficientă, dar aceasta a analizat mai mult decât era necesar.

Prin urmare, față de argumentele prezentate, Curtea găsește total nejustificate susținerile recurentei cu privire la lipsurile motivării. Față de analiza pertinentă, adecvată și completă a instanței de fond, Curtea nu poate reține ca fiind existentă niciuna dintre situațiile enumerate de pct.6 al art.488, astfel încât urmează ca, potrivit art.496 C\_\_, să respingă acest motiv de casare.

IV . Motivul referitor la greșita aplicare a normelor de drept material – art.488 pct.8

Recurenta susține că prin sentința recurată au fost încălcate prevederile art.140 alin.5 și 6 din HG nr.394/2016. Potrivit normelor invocate:

"(5) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconforma. (6) Prin excepție de la dispozițiile alin. (5), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de forma;

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire. "

În raport cu dispozițiile legale invocate, recurenta susține că o \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ clarificările transmise ca raspuns la solicitările de clarificare nu constituiau modificări ale propunerii tehnice care să atragă neconformitatea ofertei.

În argumentare redă o succesiune de răspunsuri și lămuriri intervenite între recurentă și autoritatea contractantă, furnizând în motivarea recursului o \_\_\_\_\_\_\_\_ detalii de natură tehnică prin care încearcă să argumenteze lipsa de gravitate a aspectelor tehnice lămurite, faptul că acestea reprezentau de fapt vicii de formă sau corectări ale unor abateri minore, iar nu modificări.

Sub acest aspect, a reținut Tribunalul București faptul că propunerile tehnice depuse de către cei doi participanți în cadrul procedurii de atribuire au fost supuse spre analiză și de către experții tehnici cooptați pe lângă comisia de evaluare, care la rândul lor au întocmit mai multe rapoarte de evaluare și care vizau modalitatea de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini, în raport de propunerile tehnice și răspunsurile la clarificări transmise de ofertanți, concluziile experților stând la baza hotărârii adoptate de comisia de evaluare. (n.n. pagina 12 paragraf 1 din hotărâre). O, în mod evident, de vreme ce comisia de evaluare a autortății contractante a avut nevoie de o echipă de experți tehnici cooptați pentru a stabili dacă și în ce măsură au fost îndeplinite cerințele caietului de sarcini în raport nu doar cu caietul de sarcini dar inclusiv cu răspunsurile la clarificări, prima instanță în mod corect s-a raportat la aceste concluzii, peste care nu ar fi putut trece într-un mod justificat, atâta vreme cât o astfel de apreciere nu poate aparține decât unor specialiști. Nu i se poate pretinde instanței să facă aprecieri proprii împotriva concluziilor raportului de expertiză, cu privire la corectitudinea, amploarea, importanța, relevanța lămuririlor de natură tehnică furnizate prin răspunsurile sale, de reclamantă. Evaluarea ofertelor tehnice, cu tot cu lămuririle aduse, sunt de competența comisiei tehnice de evaluare, iar instanța nu se poate substitui atribuțiilor membrilor comisiei de evaluare.

În altă ordine de idei, instanța nu a reținut niciun indiciu pentru care cel puțin expertiza tehnicienilor cooptați să nu poată fi luată în seamă, nefiind în niciun fel confirmate suspiciunile privind lipsa de obiectivitate a acestor experți. De altfel, chiar apelul autorității contractante la experți externi este o dovadă a dorinței autorității contractante de a beneficia de o evaluare specializată, obiectivă, la cel mai înalt nivel de expertiză care să o ajute în evaluarea corectă și completă a ofertelor tehnice.

Prima instanță a mai reținut și că gradul de exigență aplicat de către pârâtă în evaluarea ofertei reclamantei a fost egal cu cel aplicat în evaluarea ofertei intervenientei. " (n.n. pagina 14 paragraf 4 din hotărâre). Prin urmare, nu s-ar putea reține lipsa de obiectivitate în evaluarea comisiei.

De asemenea, mai este de menționat faptul că, în conformitate cu prevederile OUG nr. 30/2006, observatori desemnați din cadrul Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP) au monitorizat și verificat procesul de evaluare, fără a formula observații cu privire la desfășurarea acestuia.

Prin urmare, aspectele semnalate de recurentă au fost analizate de prima instanță, care s-a pronunțat confirmând concluzia evaluării cu privire la faptul că lămuririle nu au fost simple îndreptări ale unor vicii de formă sau corectări ale unor abateri tehnice minore.

De altfel, după cum rezultă din dezvoltarea acestui motiv de recurs (paragrafele 71-100), nici nu sunt aduse critici concrete și nemijlocite cu privire la sentință, ci la modul de evaluare, răspunsurile, comportamentul autorității contractante. Critica vizează în esență elemente de fapt, constând în modul de evaluare a răspunsurilor la lămuriri de către autoritatea contractantă și indirect modul de interpretare a probelor de către instanță cu privire la această evaluare, niciunul dintre aceste aspecte nefiind însă de esența recursului, neputând face obiect al analizei nemijlocite a instanței de recurs.

Critica privind pretinsa încălcare a principiului transparenței și a principiului tratamentului egal

Recurenta susține că prima instanță a pronunțat hotărârea cu încălcarea celor două principii enunțate, argumentând, în esență că :

- Entitatea contractantă este obligată să stabilească criterii de selecție clare și să nu modifice în procedura de evaluare a ofertelor criteriile stabilite de ea însăși (art. 164, 165 alin. (1), 221 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016).

- Oferta tehnică depusă de S\_\_\_\_\_\_ SRL a fost respinsă nu pentru neîndeplinirea cerințelor exprese din Caietul de Sarcini, ci pentru neîndeplinirea unor interpretări extensive, imprevizibile și contradictorii a acestor Cerințe. Prin faptul că M\_\_\_\_\_\_\_ a respins oferta ca neconformă pentru că nu a furnizat detalii ce nu se solicitau expres, a încălcat expres obligația de transparență de care este ținută orice autoritate contractantă.

- Tratamentul egal și loial a fost încălcat prin transmiterea de solicitări de clarificare suplimentare către ofertantul A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA la data de 13.11.2017 și acordarea acestui ofertant a mai multor șanse de lămurire a aspectelor neclare.

- Gradul de exigență aplicat ofertantului S\_\_\_\_\_\_ a fost extrem de ridicat,

- În evaluarea propunerii financiare a adjudecatarului (A\_\_\_\_\_), M\_\_\_\_\_\_\_ a transmis 6 (șase!) solicitări de clarificare. Față de numărul mare al acestor solicitări, este evident că standardele de exigență indicate mai sus nu au fost aplicate în aceeași măsură.

Cu privire la principiul transparenței, Curtea constată că recurenta, sub incidența acestui principiu - care include o \_\_\_\_\_\_\_\_ reguli vizând atitudinea autorității contractante de la momentul elaborătii documentației și până la finalizarea procedurii de atribuire, reguli evidențiate de recurentă astfel cum s-au conturat acestea în jurispudența CJUE și națională (par. 104 cerere de recurs) – exprimă în fapt o multitudine de critici și nemulțumiri cu privire la modul în care i-au fost adresate de intimata-pârâtă M\_\_\_\_\_\_\_ solicitările de clarificare, mai precis cu privire la conținutul acestor clarificări. Recurenta apreciază că autoritatea contractantă i-a pretins detalii tehnice care nu fuseseră impuse prin caietul de sarcini, ori elemente care depășeau nivelul ofertei tehnice și care țineau, de fapt, de însuși obiectul contractului ce se urmărea a fi încheiat – proiectare și execuție sistem de siguranță. În fapt se contestă conținutul solicitărilor de clarificare.(ex. par.108, 109 recurs)

La data formulării acestor solicitări de clarificare către S\_\_\_\_\_\_ SA – ultima dintre ele la data de 19.10,.2017 - Legea nr.101/2016 instituia, pentru persoana care se considera vătămată, obligația de a notifica autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, într-un termen de 5 sau 10 zile, în funcție de valoarea contractului. Prin urmare, recurenta avea obligația, prevăzută sub sancțiunea respingerii ca inadmisibilă a contestației judiciare, ca, inainte de a se adresa instanței, să sesizeze autoritatea contractantă cu nemulțumirile legate de extinderea, gradul de detaliere, neîncadrarea în cerințele caietului de sarcini a solicitărilor de clarificare. Or, ofertantul recurent nu a folosit acest instrument procedural, alegând să răspundă solicitărilor astfel cum i-au fost adresate, achiesând la pretențiile de lămurire ale autorității pârâte. Curtea apreciază că, în acest context legislativ, recurenta nu putea invoca direct în fața instanței aspecte pentru care legea prevedea o altă cale procedurală, instituind alte mecanisme de control, aceste critici fiind tardive la acest moment. Este de menționat că Legea nr.101/2016 reglementa într-un capitol separat (Capitolul II) instituția notificării prealabile, reglementare în vigoare inclusiv la momentul introducerii cererii de chemare în judecată (aborgarea acesteia intervenind prin OUG nr.45/2018, publicată în M. Of. 459 din 4 iunie 2018). Recurenta nu poate valorifica, sub umbrela unui principiu existent în toate formele succesive ale legii, modificări legislative intervenite ulterior, prin eludarea normelor procedurale în vigoare la momentul actului despre a cărui contestare este vorba, adică atâta vreme cât etapa în care ar fi putut și ar fi trebuit să conteste solicitările de clarificare ce i-au fost adresate s-a epuizat fără ca recurenta să urmeze prevederile legale imperative de la acel moment.

Prin urmare, Curtea consideră că, odată acceptate întrebările autorității contractante, la nivelul de detaliu considerat necesar de aceasta, ofertantul avea obligația – și mai ales interesul – să răspundă complet, clar și corect pentru a convinge achizitorul de calitatea ofertei sale, de fiabilitatea sistemului propus.

În ceea ce privește susținerea potrivit căreia oferta a fost considerată neconformă pentru lipsa unor detalii ce nu au fost solicitate expres (detaliatede recurentă - par.112-164), Curtea constată că prima instanță a analizat, pentru fiecare aspect tehnic în parte, conținutul solicitării de clarificare și al răspunsului ofertantului, comparativ cu documentația de atribuire, evidențiind expres care este neconcordanța între solicitarea M\_\_\_\_\_\_\_ și răspunsul S\_\_\_\_\_\_. Analizând argumentele primei instanțe, Curtea apreciază corectă soluția acesteia, de respingere ca neîntemeiată a susținerilor contestatoare. Nu se poate deduce că evaluarea autorității contractante și declararea neconformității, astfel cum rezultă din situația de fapt reținută, s-au făcut cu încălcarea principiului transparenței.

Și în ceea ce privește principiul egalității de tratament invocat de către recurenta reclamantă, Curtea apreciază că susținerile recurentei sunt nefondate.

Curtea apreciază că pentru respectarea principiului tratamentului egal și al comportamentului loial nu este definitoriu, în sine, numărul de solicitări de clarificare adresate de autoritatea contractantă și nici numărul aspectelor ce se cer a fi clarificate, aceste aspecte putând fi interpretate subiectiv, astfel după cum rezultă din aprecierile recurentei, în funcție de situația părții, fie ca o atitudine de favoare a autorității contractante pentru unul din ofertanți, fie, dimpotrivă, ca un semn al unei exigențe nejustificate. De altfel, în ceea ce privește oferta tehnică, solicitările de clarificare adresate celor doi ofertanți sunt de 3 către A\_\_\_\_\_ și de 2 către S\_\_\_\_\_\_, deci nici nu se poate specula pe seama unei diferențe semnificative. Solicitările adresate cu privire la oferta financiară sunt nerelevante în speță, nu doar pentru că oferta financiară nu face obiectul prezentei cauze, dar situația de fapt, rezultată în urma încheierii primei etape cu un singur ofertant declarat admis, este cu totul diferită, iar problematica pe care o ridică oferta financiară este cu totul alta decât partea tehnică.

Curtea apreciază ca nefiind relevant - sau, în orice caz, neavând semnificația pe care o atribuie recurenta - numărul de 110 solicitări de clarificare ce i-au fost adresate, acestea fiind formulate ca urmare a abaterilor de la cerințele prevăzute prin caietul de sarcini și încercării autorității contractante de a lămuri, în interes propriu și legitim, oferta tehnică a recurentei.

Prima instanță a motivat soluția și din perspectiva principiului egalității de tratament, al bune-credințe și al comportamentului loial al autoritații contractante: „ Faptul că entitatea contractantă a analizat oferta tehnică a reclamantei, precum și răspunsul la cele 110 întrebări de clarificare, într-un mod serios, cu bună-credință și cu respectarea interesului public în a găsi cele mai bune oferte tehnice, oferta tehnică a reclamantei, precum și răspunsul la cele 110 întrebări de clarificare, rezultă tocmai din procesul verbal de evaluare nr. 04.04.01/313/21.11.2017, lista de verificare, anexa la acest proces verbal, precum și raportul expertului cooptat, concluziile din aceste acte având la bază o evaluare amănunțită și profesionista a modalității de îndeplinire a cerințelor tehnice impuse prin documentația de atribuire, fiind acceptate 93 din răspunsurile la clarificări, restul de 17 fiind respinse. " (n.n. pg. 13). Mai mult, respectarea celor trei principii menționate a fost urmărită de judecătorul fondului pe tot parcursul fundamentării soluției.

Pentru considerentele expuse, Curtea consideră nefondat recursul, urmând a fi respins.

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

DECIDE:

Respinge recursul formulat de recurenta-reclamantă S\_\_\_\_\_\_ SRL, cu sediul procesual ales la S.C.A N\_\_\_\_\_ N\_\_\_\_\_ DIC\_\_\_\_\_\_ KINGSTON PETERSEN, cu sediul profesional în București, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.201, GLOBALWORTH TOWER, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, împotriva Încheierilor de ședința din data de 23.03.2018, respectiv 26.03.2018 și împotriva Sentinței nr. 2951/04.05.2018, pronunțate de Tribunalul București – Secția a II-a C\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Administrativ și Fiscal în cadrul dosarului nr. XXXXXXXXXXXX, în contradictoriu cu intimata-pârâtă M\_\_\_\_\_\_\_ SA, cu sediul în sector 1, București, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. 38 și intimata-intervenientă A\_\_\_\_\_ T\_\_\_\_\_\_\_\_ SA, cu sediul procesual ales la S.C.A. Ț\_\_\_ Z\_\_\_\_\_\_ & ASOCIAȚII, cu sediul profesional în București, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.4-8, Clădirea America House, intrarea aripa de vest, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, ca nefondat.

Definitivă.

Pronunțată în ședința publică din 15 noiembrie 2018.

PREȘEDINTE, JUDECĂTOR, JUDECĂTOR

C\_\_\_\_\_ E\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_\_\_ M\_\_\_\_ I\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_\_\_

GREFIER

E\_\_\_\_ L\_\_\_\_ T\_\_\_

4 ex./16.10.2018

www.rolii.ro (http://www.rolii.ro/hotarari/5c5b9e26e490091c2200009f)