

Către: **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor**
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București

Fax: 021.310.46.42

E-mail: office@cncs.ro

În atenția: **Autoritatea pentru Reformă Ferroviară**
București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, Sector 1

Fax: +40 374808649

E-mail: office@arf.gov.ro; simona.jerca@arf.gov.ro; christian.orendi@arf.gov.ro

De la: **Alstom Transport S.A.**

Fax: +40 21 410 98 89

E-mail: oana.gavrila@achizitiiconsult.ro

RE: Contestație în legătură cu Procedura de atribuire, prin licitație deschisă, având ca obiect „Achiziționarea de rame electrice regionale, denumite RE-R, și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”

Anunț de participare nr. CN1042687/15.05.2022

Data: 09.11.2023

Pagini: 37

Alstom Transport S.A. („Alstom”), cu sediul în București, Str. Răzoare nr. 32, et. 2, sector 6, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr. J40/22347/1994, cod fiscal RO6640696, reprezentată legal prin dl. Gabriel Stanciu în calitate de împuternicit, și convențional prin avocat Oana Gavrilă¹, cu sediul profesional în București, str. Doctor Dimitrie Drăghiescu nr. 11, sector 5, unde solicităm și comunicarea tuturor actelor de procedură conform art. 158 C. pr. civ.²,

având în vedere calitatea contestatoarei de lider al Asocierii formate din Alstom Transport S.A. și Alstom Ferroviaria S.p.A. („Asocierea Alstom”), ofertant în cadrul Procedurii de atribuire, organizată prin licitație deschisă, având ca obiect „Achiziționarea de rame electrice regionale, denumite RE-R, și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri” - Lot. 1 - 20 de rame de scurt parcurs (RE-R) + 15 ani mentenanță, Lot. 2 - 23 de rame de scurt parcurs (RE-R) + 15 ani mentenanță, Lot. 3 - 19 de rame de scurt parcurs (RE-R) + 15 ani mentenanță („Procedura de atribuire”), publicată în SEAP prin Anunțul de participare nr. CN1042687/15.05.2022 de către **Autoritatea pentru Reformă Ferroviară („ARF” sau „Autoritatea contractantă”)** cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, Sector 1, cod poștal 012606, cod de identificare fiscală 37314940, tel: +40 0374808536, fax: +40 374808649, e-mail: office@arf.gov.ro; simona.jerca@arf.gov.ro; christian.orendi@arf.gov.ro, reprezentată prin Președinte,

¹ Anexa nr. 1 – Împuternicire avocațială.

² Raportat la prevederile art. 148 alin. (1) din C. Pr. Civ., indicăm și următoarele coordonate de contact ale C.I. Oana Gavrilă: fax: +40 21 410 98 89, e-mail: oana.gavrila@achizitiiconsult.ro.

În temeiul art. 8 din raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, în termen legal, formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți:

- (a) anularea (i) Comunicărilor privind rezultatul procedurii, respectiv a Adresei nr. 7616/30.10.2023 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire – Lotul 1, a Adresei nr. 7618/30.10.2023 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire – Lotul 2, și a Adresei nr. 7620/30.10.2023 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire – Lotul 3, („Comunicările rezultatului Procedurii”)³, a (ii) Raportului procedurii nr. 7612/27.10.2023 aferent Lotului 1, a Raportului procedurii nr. 7613/27.10.2023 aferent Lotului 2, a Raportului procedurii nr. 7614/27.10.2023 aferent Lotului 3⁴ („Rapoartele procedurii”), precum și a (iii) tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc atât respingerea ofertei depuse de către Asocieria Alstom, cât și modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spolka Akcyjna („PESA”) care, astfel cum urmează să argumentăm, s-ar fi impus a fi respinsă;
- (b) obligarea Autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității Procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului conform și acceptabil al ofertei Asocierii Alstom și a caracterului inacceptabil și neconform al ofertei PESA.

Pentru a dispune în sensul celor de mai sus, solicităm Consiliului să aibă în vedere considerentele care vor fi expuse detaliat în continuare.

Cu titlu preliminar, în temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016⁵, vă solicităm:

- să încuviințați subscrisei accesul la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor pe care le vom considera relevante. Rugăm, așadar, Consiliul ca, prioritar cercetării argumentelor proprii speței, să ne informeze cât mai rapid posibil cu privire la ziua și ora la care ne putem prezenta la studiu.
- să luați act de solicitarea privind respectarea caracterului confidențial probat al ofertei Asocierii Alstom și să nu permiteți niciunui operator economic accesul la oferta și/sau orice alte documente depuse de subscrisa în cadrul ofertei și/sau procese verbale emise de către ARF prin care a fost analizată oferta Asocierii Alstom.

³ Anexele nr. 2.1. – 2.3 – Adresele de comunicare a rezultatului Procedurii de atribuire – Lotul 1, Lotul 2 și Lotul 3 împreună cu mesajele email prin care acestea au fost transmise.

⁴ Anexele nr. 3.1. – 3.3. - Rapoartele aferente Lotului 1, Lotului 2 și Lotului 3, precum și Anexa 3.4. - Extras SEAP care demonstrează data publicării acestora (31.10.2023).

⁵ Art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

„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 și probează 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.” (subl. ns.).

CUPRINS

I	CONTEXTUL FORMULĂRII PREZENTEI CONTESTAȚII	4
II	TEMEINICIA CONTESTAȚIEI.....	5
A	Grave abateri de la dispozițiile legale afectează conduita ARF.	5
A.1	Omisiunea ARF de a fi solicitat și de a lua în considerare prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare constituite de către Asocieria Alstom	6
A.2	Publicarea nelegală a rezultatelor Procedurii de atribuire	8
A.3	Rapoartele procedurii prezintă informații lacunare privind modalitatea de evaluare a ofertei PESA; nu sunt prezentate motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare și, de altfel, nici măcar informațiile minimale, fie ele nemotivate, privind valoarea ofertată/valoarea celorlalți parametrii de care depindea aplicarea criteriilor de atribuire	9
B	Oferta PESA a fost în mod greșit desemnată câștigătoare; aceasta trebuia: (1) exclusă, urmare a abaterilor grave, repetate, anterioare, pe care a omis să le declare în DUAE; (2) respinsă, urmare a multiplelor neconformități semnalate	11
B.1	Sunt incidente cazurile de excludere a PESA reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016; există abateri grave în contractele anterioare, inclusiv reziliere și penalități, pe care PESA nu le-a declarat în DUAE.....	11
B.2	Propunerea tehnică a PESA nu respectă cerințele minim impuse prin Caietul de sarcini	17
B.3	Propunerea financiară a PESA nu este corect întocmită și fundamentată	25
B.4	PESA nu demonstrează îndeplinirea cerințelor de experiență similară.....	30
C	Oferta Asocierii Alstom a fost în mod greșit respinsă din Procedura de atribuire.....	32
C.1	Cerințele documentației de atribuire relevante pentru argumentația privind nelegala respingere a ofertei Asocierii Alstom	33
C.2	Evaluarea contestată	34
C.3	Netemeinicia măsurii de respingere a ofertei Asocierii Alstom. Evaluarea ofertei Alstom cu scopul pur subiectiv al identificării unui pretext de respingere	35

I CONTEXTUL FORMULĂRII PREZENTEI CONTESTAȚII

- 1 **Organizarea Procedurii de atribuire.** La data de 15.05.2022, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1042687 pentru organizarea Procedurii de atribuire.

O serie de clarificări și contestații au precedat etapei de depunere a ofertei, documentația de atribuire fiind, astfel, completată și modificată de către ARF. Pe parcursul argumentației vom face trimiteri care se impun la cerințele astfel clarificate, încercând pe cât posibil ca, pentru fluidizarea expunerii, să nu prezentăm mai multe prevederi și cerințe decât cele strict necesare susținerii criticilor noastre.

Procedura de atribuire este împărțită în trei loturi distincte; criticile subscrisei privesc toate aceste loturi, sens în care argumentele prezentate vor fi comune, fără evidențierea distinctă și/sau reluarea lor pentru fiecare lot în parte.

- 2 **Actele atacate.** Netemeinicia și nelegalitatea rezultatului Procedurii de atribuire

Pentru a transmite rezultatele Procedurii de atribuire, ARF a emis:

- (a) **În primul rând, comunicate de presă;** deși acestea desigur că nu reprezintă modalități de publicare a rezultatului unei Proceduri de atribuire, menționăm încă din această secțiune modalitatea originală în care ARF a optat să procedeze, atrăgând (și) astfel atenția asupra modului propriu de evaluare aplicat, context al unor multiple alte greșeli și conduite flagrant contrare dispozițiilor legale⁶;
- (b) **Emailuri conținând comunicările privind rezultatului procedurii;** în data de 30.10.2023, Autoritatea contractantă a transmis prin intermediul unor mesaje e-mail, Comunicările privind rezultatul procedurii (Loturile 1-3), mai exact respingerea ofertelor Asocierii Alstom sub pretextul unei pretense neîndepliniri a cerinței 3.5.1.1, pct. 14 [Scaune] din Caietul de sarcini. Nicio informație privind modul de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare nu se desprinde din comunicările privind rezultatul Procedurii de atribuire și, de altfel, nicio publicare în SEAP;
- (c) **Rapoartele procedurii au fost publicate abia după comunicatele de presă și emailuri;** în data de 31.10.2023, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Rapoartele procedurii, prin care se indică:
- admisibilitatea și conformitatea ofertei PESA; nicio analiză a modului de acordare a punctajului, a fundamentării prețului ofertat și/sau a incidenței motivelor de excludere în care se încadrează PESA nu se desprinde din actele emise de către ARF care conțin exclusiv numărul punctelor obținute în evaluare. Lipsesc cu desăvârșire motivele concrete pentru care această ofertă a fost desemnată câștigătoare, în special raționamentul ARF privind acordarea punctajului, motivele acordării unui punctaj inferior celui maxim și repartizarea punctelor acordate între factorii aplicabili; lipsește până și prețul ofertei PESA, respectiv defalcarea acestuia pe cele două componente majorare (achiziție trenuri și mentenanță).
 - respingerea ofertei Asocierii Alstom, urmare a pretensei nerespectări a unei singure cerințe a Caietului de Sarcini, apreciată eronat de către ARF ca fiind determinantă în menținerea/respingerea unei oferte într-o asemenea procedură, mai exact cerința 3.5.1.1, pct. 14.

⁶ **Anexa nr. 4** – Comunicatul de presă prin care ARF a făcut public rezultatul Procedurii de atribuire mai înainte de încărcarea în SEAP a acestuia.

3 Studiul dosarului de achiziție publică, la sediul ARF

Alstom a transmis ARF o cerere de studiu a dosarului de achiziție publică.

Niciunul dintre documentele puse la dispoziție nu reflectă raționamentul ARF privind acordarea punctajului ofertei PESA, la studiu fiind în mod intenționat omise de la prezentare anexele 1.a – 1.e ale proceselor verbale de evaluare a conformității propunerilor tehnice și anexele 1 – 7 ale proceselor verbale privind analiza și evaluarea propunerilor financiare. Acestea reprezentau acte întocmite de către chiar ARF cu privire la punctajul acordat, fiind așadar obligatoriu să fie puse la dispoziția participanților tocmai pentru transparentizarea procesului decizional.

Demersul de contestare actual este formulat în condițiile în care, pe rolul Consiliului, se află deja în soluționare o altă contestație vizând rezultatul unei proceduri asemănătoare, organizate tot de către ARF, având drept câștigător tot PESA; aceasta formează obiectul dosarului nr. 2677/C10/2023. Formulăm această precizare întrucât similitudinile dintre cele două proceduri, alături de natura criticilor invocate, ar fi justificat o abordare fundamental diferită din partea ARF (și) ca urmare a faptului că, în cadrul respectivei contestații, abateri grave nedecarate în DUAE de către PESA au fost semnalate. De asemenea, informațiile observate conduc la concluzia că, și în actuala Procedură de atribuire, PESA a oferit același tip de vehicul, pretins a fi fost pus în exploatare, ARF fiind la momentul emiterii actualului rezultat în deplină cunoștință de cauză cu privire la unele aspecte care reprezintă neconformități grave ale acestui ofertant. A ales să le ignore, însă, motiv pentru care criticile din actuala procedură le vom evidenția cu sublinierea contextului relevant, anume acela că ARF era, totuși, pe deplin conștientă despre existența lor.

II TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

- [1] Trei linii de argumentație distincte urmează a fi dezvoltate.
- [2] Ordinea invocării acestora, deloc întâmplătoare, are rolul de a releva abordarea constant greșită a ARF în acceptarea neregulilor PESA și, totodată, greșelile și superficialitatea flagrante manifestate pe parcursul derulării Procedurii de atribuire.
- [3] Concret: (A) ARF a considerat explicit oferta Asocierii Alstom ca fiind respinsă mult anterior comunicării rezultatului, aplicând discreționar și abuziv măsuri flagrant contrare dispozițiilor legale; (B) ARF a declarat câștigătoare oferta PESA deși cunoștea abaterile grave anterior comise și, totodată, neregulile comise în legătură cu modalitatea de structurare și fundamentare a valorilor oferite; (C) ARF a ales să respingă oferta Alstom în considerarea unei cerințe față de care devierea era explicit permisă și pe care ea însăși a considerat-o îndeplinită, în alte proceduri similare.

A Grave abateri de la dispozițiile legale afectează conduita ARF.

Pe de o parte, ARF nu a solicitat și nu a acceptat prelungirea duratei de garanție și a duratei de valabilitate a ofertei Asocierii Alstom.

Pe de altă parte, ARF nu a respectat nici modul de comunicare, nici informațiile necesar a fi incluse în Actele atacate, eludând, așadar, dispozițiile legale incidente.

- [4] Anularea Actelor atacate se impune și doar în considerarea neregulilor comise pe parcursul evaluării, dintre care menționăm:
- A.1 Omitiunea ARF de a fi solicitat și de a lua în considerare prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare constituite de către Asocieria Alstom
- [5] Punctual, în acest sens, arătăm că:
- (a) Dispozițiile legale⁷ statuează următoarele reguli necesar a fi respectate pe parcursul procedurilor de atribuire:
- Perioada de valabilitate a garanției trebuie să fie cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei;
 - Perioada de valabilitate a ofertelor trebuie să cuprindă toate perioadele până la momentul încheierii contractului; iar
 - Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și a garanțiilor de participare în situații extraordinare care impun o astfel de prelungire.
- Prin urmare, în contextul în care a fost depășită perioada inițial estimată pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații, Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare.
- (b) cerințele Fișei de date⁸ impun ofertanților obligația de a constitui o garanție de participare distinctă pe fiecare lot al Procedurii de atribuire pentru care se depune oferta; garanțiile depuse aveau o valabilitate de 180 de zile de la termenul limită de depunere a ofertelor (20.01.2023).
- (c) Perioada inițială de desfășurare a Procedurii de atribuire a fost, în mod evident depășită, rezultatele fiind emise abia în data de 30.10.2023, deși termenul limită de depunere a ofertelor a fost 20.01.2023.
- (d) Autoritatea contractantă nu a solicitat prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare; întrucât nicio solicitare de clarificări adresată Asocierii Alstom nu a vizat prelungirea

⁷ Art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare a cărei perioadă de valabilitate este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei.”

Art. 124 alin. H.G. nr. 394/2016:

„(2) Perioada de valabilitate a ofertelor, prevăzută în anunțul/invitația de participare și în documentația de atribuire, trebuie să fie stabilită astfel încât să cuprindă toate etapele până la momentul încheierii contractului/acordului-cadru.

(3) Atunci când stabilește perioada de valabilitate a ofertelor, autoritatea contractantă va lua în considerare estimările privind perioada necesară pentru analiza și evaluarea ofertelor, perioada necesară pentru verificările legate de aceste activități, precum și perioada legală prevăzută pentru rezolvarea eventualelor contestații. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita prelungirea valabilității ofertelor, precum și, după caz, a garanției de participare, în situații excepționale care impun o astfel de prelungire. În cazul în care un operator economic nu se conformează acestei solicitări, oferta sa va fi respinsă ca fiind inacceptabilă.”

⁸ Ne referim, în principal, la pct. III.1.6.a) [Garanție de participare] din Fișa de date prin care ARF a statuat că:

„Valoarea garanției de participare (GP), 1% din valoarea estimată a loturilor pentru care se depune ofertă, respectiv: Lot. 1 - 7.500.000 Lei; Lot. 2 - 8.625.000 Lei; Lot. 3 - 7.125.000 Lei. Conform FORMULAR 5 din Sect. Formulare și modele de documente. GP se va constitui în lei sau echivalent leu/valuta la cursul stabilit de BNR din data publicării anunțului de participare, valabila 180 de zile de la termenul limită de depunere a ofertelor. (...) GP va fi irevocabilă. Dovada constituirii GP trebuie să fie prezentată cel târziu la data și ora limită de depunere a ofertelor. GP se semnează electronic și se depune în SEAP odată cu oferta (DUA). Obligațiile ARF privind reținerea și restituirea GP sunt prevăzute în Legea nr. 98/2016 și normele sale de aplicare.”

valabilității ofertelor și/sau a garanțiilor de participare, devine indubitabil faptul că ARF nu și-a respectat obligația legală de a proceda astfel.

- (e) Pe de altă parte, ARF a refuzat să ia în considerare și demersul pro-activ al Asocierii Alstom de prelungire a valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, refuzând primirea efectivă a documentelor prin care ofertantul proba că, din proprie inițiativă, a procedat la extinderea acestora.

Întrucât nicio clarificare nu a vizat prelungirea valabilității ofertelor și a garanțiilor de participare, din propria inițiativă (și aflându-se, astfel, în imposibilitatea de a transmite prin intermediul platformei SEAP), Asocieria Alstom a depus, prin registratură, adresele care vizau extinderea valabilității ofertei și a garanțiilor de participare constituite pentru Procedura de atribuire.

ARF a returnat, însă, aceste documente⁹ sub pretextul că:

„nu v-au fost solicitate de către comisia de evaluare, iar comunicarea în cadrul procedurii de atribuire se realizează exclusiv prin intermediul platformei SEAP” (subl. ns.).

Niciun motiv temeinic și legal nu poate justifica o asemenea conduită a Autorității contractante și, cu atât mai puțin, refuzul de a accepta documentele depuse de către ofertant tocmai pentru a confirma caracterul asumat, obligatoriu al ofertelor și garanțiilor depuse.

Chiar și în ipoteza în care oferta Asocierii Alstom ar fi fost respinsă anterior expirării valabilității documentelor aflate la dispoziția ARF (deși nicio astfel de comunicare nu ne-a fost transmisă la acel moment), Autoritatea contractantă avea obligația de a solicita prelungirea acestora tocmai pentru că:

- Atât oferta, cât și garanția de participare trebuie să fie valabile inclusiv pe perioada de rezolvare a eventualelor contestații (demers, așadar, ulterior aplicării măsurii de respingere);
- Oricum, respingerea ofertelor într-o etapă anterioară emiterii rezultatului Procedurii de atribuire nu a fost statuată drept excepție de la obligația Autorității contractante de a solicita prelungirea celor două tipologii de documente.

Pe de altă parte, conținutul documentelor observate cu prilejul studiului dosarului achiziției reflectă faptul că nici către PESA nu au fost adresate solicitări de extindere; totuși, pare că în cazul acestui ofertant ARF a apreciat că poate “primi” astfel de documente, fiind neclar dacă există sau nu continuitate în valabilitatea acestora, dacă inițiativa a aparținut ofertantului sau ARF și, cu atât mai puțin, de ce ARF a ales să procedeze diferit în cazul acestuia față de ofertantul Asocieria Alstom (care, la acel moment, nu era nicidecum respinsă din Procedura de atribuire).

Abordarea diferită a celor doi ofertanți în contextul în care ARF avea obligația clară de a se asigura că ofertele și garanțiile ambilor rămân valabile pe tot parcursul Procedurii de atribuire denotă superficialitatea abordării comisiei de evaluare, necunoașterea dispozițiilor legale incidente și ridică serioase dubii cu privire la capacitatea de analiză și evaluare a aspectelor mult mai complexe pe care, de altfel, o procedură de acest tip le presupune.

⁹Anexa nr. 5 – Adresa ARF nr. 6226/31.08.2023 prin care au fost returnate documentele depuse de către Asocieria Alstom privind prelungirea valabilității ofertei și a garanțiilor de participare.

A.2 Publicarea nelegală a rezultatelor Procedurii de atribuire

[6] Punctual, în acest sens, arătăm că:

(a) Dispozițiile legale¹⁰ statuează următoarele reguli necesare a fi respectate pentru publicarea rezultatelor Procedurii de atribuire:

- Autoritatea contractantă are obligația de a comunica ofertanților rezultatul Procedurii de atribuire;
- În aceeași zi în care comunicările rezultatului au fost transmise ofertanților, Autoritatea contractantă are obligația **de a publica în SEAP Raportul procedurii**.

(b) Nicio cerință a documentației de atribuire și nicio prevedere legală nu statuează posibilitatea transmiterii Comunicărilor privind rezultatul procedurii prin intermediul adresei de e-mail menționate de către ofertant și cu atât mai puțin prin presă; dimpotrivă, prin dispozițiile legale s-a statuat posibilitatea de transmitere a unor documente de către Autoritatea contractantă prin intermediul mesajelor e-mail doar în situația în care derularea procedurii de atribuire este imposibilă din motive tehnice imputabile operatorului SEAP¹¹. Pe de altă parte, chiar ARF a confirmat următoarea regulă atunci când Asocieria Alstom a pus la dispoziție dovada prelungirii valabilității ofertei sale și a garanției de participare:

„comunicarea în cadrul procedurii de atribuire se realizează exclusiv prin intermediul platformei SEAP”

(c) Modalitatea de publicare a rezultatului Procedurii a încălcat, așadar, regulile impuse prin dispozițiile legale dat fiind că:

- În data de 30.10.2023, pentru prima dată, rezultatul a fost publicat sub forma unui comunicat de presă pe site-ul oficial al ARF¹²; primordial pentru ARF a fost, așadar, informarea opiniei publice, prin oferirea unui comunicat de presă, despre rezultatul Procedurii de atribuire, nicidecum a ofertanților care, în mod direct, și-au manifestat interesul prin depunerea ofertelor.

¹⁰ Art. 215 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește (...) rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective. (2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale;” (subl. ns.).

Art. 216 din Legea nr. 98/2016:

„Raportul intermediar și raportul procedurii se publică în SEAP, semnate cu semnătură electronică calificată, în aceeași zi cu transmiterea comunicării prevăzute la art. 215 alin. (1), fără referire la informațiile pe care operatorul economic le precizează și probează ca fiind confidențiale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală.” (subl. ns.).

¹¹ Art. 58 din H.G. nr. 395/2016:

„Prin excepție de la alin. (1) și în aplicarea art. 208 din Lege, autoritatea contractantă poate, după publicarea anunțului de participare, să nu utilizeze mijloacele electronice pentru derularea procedurii de atribuire atunci când acest lucru nu este posibil din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, situație în care evaluarea conformității ofertelor cu specificațiile tehnice și celelalte cerințe prevăzute în documentele achiziției și aplicarea criteriului de atribuire se realizează anterior verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.” (subl. ns.).

Art. 62 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016:

„În cazul prevăzut la art. 58 alin. (2), autoritatea contractantă transmite solicitarea de clarificări/completări la adresa/numărul de fax/adresa de e-mail menționate de ofertant.” (subl. ns.).

¹² Comunicatul de presă publicat de către ARF poate fi vizualizat accesând următorul link: <https://arf.gov.ro/web/castigator-re-r-62-de-rame/>

- În data de 30.10.2023, Comunicările rezultatului procedurii de atribuire au fost transmise Asocierii Alstom prin e-mail; practic, ARF și-a contrazis propriul raționament care statua faptul că, în cadrul Procedurii de atribuire, toate comunicările se realizează prin intermediul SEAP care, de altfel, funcționa.
- Abia în data de 31.10.2023 (deci nu în aceeași zi cu transmiterea comunicărilor), Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Rapoartele procedurii de atribuire; prin urmare, ARF și-a încălcat obligația legală de a publica Raportul final în aceeași zi în care a transmis și comunicările privind rezultatul procedurii.

Inclusiv modalitatea de publicare a rezultatului denotă superficialitatea și greșita manieră în care ARF a înțeles să deruleze Procedura de atribuire; Autoritatea contractantă a preferat să informeze publicul despre desemnarea câștigătoare a ofertei PESA, anterior chiar transmiterii comunicării rezultatului către Asocieria Alstom, care și-a manifestat interesul pentru Procedura de atribuire prin chiar depunerea ofertei. Oricum, termenul de publicare a Raportului procedurii nu a fost respectat.

A.3 Rapoartele procedurii prezintă informații lacunare privind modalitatea de evaluare a ofertei PESA; nu sunt prezentate motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare și, de altfel, nici măcar informațiile minimale, fie ele nemotivate, privind valoarea ofertată/valoarea celorlalți parametrii de care depindea aplicarea criteriilor de atribuire

[7] Punctual, în acest sens, arătăm că:

- (a) Dispozițiile legale¹³ impun obligația autorităților contractante de a include în Raportul procedurii denumirea ofertantului desemnat câștigător, precum și motivele concrete pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare.
- (b) Rapoartele procedurii nu cuprind motivele concrete pentru care oferta PESA a fost desemnată câștigătoare. Simpla analiză a informațiilor incluse în Rapoartele procedurii denotă faptul că lipsesc:
 - Orice fel de informații privind prețul ofertantului desemnat câștigător; suplimentar faptului că propunerea financiară este un element important al ofertei, prețul ofertat prezintă, de asemenea, și o pondere de 70% din factorii de evaluare. Prin urmare, doar o verificare temeinică, diligentă și concretă a prețului ofertat de către PESA trebuia să conducă la aplicarea punctajului maxim și, în consecință, la desemnarea câștigătoare a ofertei. Nicio astfel de informație (și nici măcar valoarea totală ofertată de către PESA) nu se relevă din Raportul procedurii, deși în lipsa unui preț sustenabil și corect aritmetic (deci în lipsa unor verificări diligente) sau în valoarea estimată oferta PESA nu ar fi trebuit să fie desemnată câștigătoare.
 - Orice fel de informații privind modalitatea de acordare a punctajului aferent factorilor de evaluare tehnici; cu titlu generic, prin Raportul procedurii se indică exclusiv punctajul total obținut de către PESA, fără a se identifica, însă, punctajul prin raportare la fiecare dintre factorii de evaluare tehnici (Plusvaloare, Program de livrare și Disponibilitatea vehiculelor în perioada de garanție și în

¹³ Art. 216 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la alin. (1) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații: (...) d) denumirea ofertantului declarat câștigător și motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare; (...)"

perioada de mentenanță) și la informațiile și documentele furnizate de către ofertant.

Deși din cuprinsul Raportului procedurii se poate desprinde că, din perspectiva componentei tehnice, oferta PESA nu a obținut punctajul maxim, **motivele concrete pentru care această ofertă a fost, totuși, desemnată câștigătoare nu se relevă din Raportul procedurii.**

- Orice fel de informații privind raționamentul comisiei în evaluare și punctare. Redarea simplistă, generică și neelocventă a punctajului total obținut de către PESA nu denotă o motivare corespunzătoare a raționamentului pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare.

Pe de altă parte, nici măcar urmare a propriilor demersuri ale Alstom, ARF nu a înțeles să complinească obligația sa de transparență întrucât nu a pus la dispoziția subscrisei anexele la procesele verbale prin raportare la care se susține că ar fi fost acordat punctajul ofertei PESA.

- (c) **Modalitatea de comunicare a Raportului procedurii nu reprezintă o formalitate**, ci o înștiințare privind informațiile / documentele / aspectele care au concurat la decizia privind modul de atribuire; tocmai din aceste motive legiuitorul a statuat explicit necesitatea transmiterii motivelor pentru care oferta a fost desemnată câștigătoare.

Informarea legală, completă și corespunzătoare a ofertantului reprezintă o obligație a ARF justificarea actelor sale atât pentru respectarea principiului transparenței¹⁴, cât și pentru a asigura dreptul la apărare al ofertantului care, doar cunoscând raționamentul Autorității contractante, poate analiza corectitudinea acestuia și, implicit, poate aprecia dacă au fost sau nu încălcate dispozițiile legale în evaluarea ofertei desemnate câștigătoare¹⁵.

În primul rând, simpla indicare a punctajului total obținut de ofertantul câștigător, nu poate fi considerată o motivare completă (suficientă) și reală, destinatarul actului neputând evalua corectitudinea procesului de evaluare a ofertelor, respectiv de aplicare a criteriului de atribuire. Punctajul total reprezintă, însă, singura informație comunicată de către ARF.

În al doilea rând, motivarea reprezintă o cerință esențială de validitate a oricăror acte administrative. Motivarea este o condiție extrinsecă de legalitate a actului, făcând obiectul unei aprecieri în concret, ce permite identificarea într-un mod cât mai clar și corect a raționamentului avut în vedere de comisia de evaluare în adoptarea deciziei sale.

¹⁴ Art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

„Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: (...) d) transparență;”

¹⁵ Hotărârea CJUE din data de 24.02.2022 emisă în cauza C-532/20:

„In speță, dreptul roman prevede ca termenul de zece zile începe sa curgă, pentru toți ofertanții, (...), începând cu ziua următoare celei în care s-a luat cunoștința de actul entității contractante. (...) In aceasta privință, trebuie amintit ca nu se pot asigura cai de atac efective împotriva încălcărilor dispozițiilor aplicabile in materia atribuirii contractelor de achiziții publice decât daca termenele prevăzute pentru introducerea acestor cai de atac încep sa curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștința sau ar fi trebuit sa ia cunoștința despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate (...). In acest scop, decizia entității contractante comunicata ofertanților trebuie, conform articolului 2c din Directiva 92/13, sa fie însoțita de un rezumat al motivelor pertinente. Acest rezumat al motivelor pertinente, care trebuie sa însoțească atât deciziile entităților contractante notificate în mod specific ofertanților, (...), urmărește sa asigure ca ofertanții interesați au sau pot avea cunoștința despre o eventuala încălcare a normelor aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor. (...) Astfel, in asemenea împrejurări in care motivele pertinente ale unei decizii a autorității contractante nu au fost aduse la cunoștința ofertanților nici prin intermediul unei publicării, nici cu ocazia notificării acestei decizii, termenul in care adjudecatarul poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante (...) începe sa curgă nu de la data primirii acestei decizii, ci de la data comunicării (...) motivelor pertinente ale deciziei menționate, care garantează ca adjudecatarul menționat a avut cunoștința sau a putut sa aibă cunoștința despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie” (subl. ns.).

Totodată, motivarea trebuie să fie una corespunzătoare, iar nu doar una formală, actele emise de autoritățile contractante având natura unor acte administrative, guvernate de principiul fundamental al motivării lor. Motivarea reprezintă o obligație generală a autorităților publice, aplicabilă oricărui act administrativ, îndeplinind un dublu rol: acela de transparență, în profitul beneficiarului actului care va putea să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, precum și acela de a conferi instanței un instrument eficient în vederea realizării controlului judiciar, având astfel posibilitatea de a verifica elementele de fapt și de drept care au stat la baza emiterii actului administrativ.

Nemotivarea actelor atacate este de natură a produce Asocierii Alstom o vătămare suplimentară celei produse de efectul propriu-zis al acestora de declararea ofertei ca fiind necâștigătoare, fiind pusă în imposibilitatea de a cunoaște raționamentul concret și real al Autorității contractante nici măcar urmare a studiului dosarului de achiziție publică.

Întrucât Asocierea Alstom a fost privată de a face o analiză a motivelor pentru care oferta PESA a fost desemnată câștigătoare, se impune (i) anularea Actelor atacate și (ii) transmiterea unui nou Raport al procedurii de atribuire, respectarea prevederilor legale aplicabile materiei achizițiilor publice¹⁶, urmând a releva în continuare și erori comise cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor obligatorii.

B Oferta PESA a fost în mod greșit desemnată câștigătoare; aceasta trebuia: (1) exclusă, urmare a abaterilor grave, repetate, anterioare, pe care a omis să le declare în DUAE; (2) respinsă, urmare a multiplelor neconformități semnalate

B.1 Sunt incidente cazurile de excludere a PESA reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016; există abateri grave în contractele anterioare, inclusiv reziliere și penalități, pe care PESA nu le-a declarat în DUAE

1 Abaterile grave ale PESA în legătură cu contractele anterioare

PESA a întâmpinat numeroase dificultăți în livrarea vehiculelor în cadrul mai multor contracte, situație de natură a fi condus la importante sancțiuni contractuale, dintre care indicăm:

(a) Întârzieri semnificative sancționate cu aplicarea penalităților de întârziere ale PESA (Contractul GAIT)

În cadrul contractului de furnizare tramvaie încheiat cu Beneficiarul Gdańskie Autobusy I Tramwaje Sp. z o.o. ("GAIT"), PESA a înregistrat întârzieri în livrarea tramvaielor, Beneficiarul impunând PESA penalități în valoare totală de 38 milioane PLN¹⁷; livrarea tuturor tramvaielor contractate ar fi trebuit să aibă loc înainte de sfârșitul anului 2020, dar livrarea ultimelor tramvaie a fost întârziată până în 2021. **Întârzierea semnificativă privind livrarea primei tranșe de 15 tramvaie a avut ca rezultat impunerea unor penalități contractuale**, devenite obligatorii și executate de către beneficiar, întârzierea persistând până cel puțin la finalul anului 2021;

¹⁶ În susținerea argumentelor noastre indicăm Decizia CNSC nr. 1854/C7/1886 din 19.08.2023 rămasă definitivă prin neatacare prin care actele emise într-o procedură de atribuire au fost anulate tocmai pentru că entitatea contractantă nu a respectat obligația de a reda avantajele și caracteristicile relative ale ofertei desemnate câștigătoare.

¹⁷ Informație disponibilă accesând următorul link: <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Wysokie-kary-za-opoznienia-tramwajow-Cztery-Pesy-za-darmo-n153389.html>; documente relevante privind situația acestui contract și penalitățile aplicate, se regăsesc și în

Anexa nr. 6

(b) **Alte abateri grave ale PESA au condus și la rezilierea unui alt contract anterior (Contractul SKM)**

În cadrul unui alt contract, încheiat în 2018 cu Beneficiarul Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. ("SKM"), având sediul în Varșovia, operatorul feroviar a decis să rezilieze contractul de furnizare trenuri semnat cu PESA din cauza nerespectării termenelor de livrare stabilite prin contract¹⁸, termenul de livrare fiind unul dintre cele mai importante criterii de evaluare a ofertelor în ceea ce privește obținerea finanțării UE. Conform respectivelor prevederi contractuale, PESA ar fi trebuit să livreze trenurile comandate de către SKM Varșovia până la sfârșitul anului 2019; comanda fermă prevedea livrarea a 8 trenuri Elf2 cu cinci vagoane și 5 cu patru vagoane. Contractul includea, de asemenea, o opțiune pentru 8 EMU-uri suplimentare, dintre care un tren cu patru vagoane și șapte trenuri cu cinci vagoane, care urmau să fie livrate până la sfârșitul anului 2023.

(c) **PESA recunoaște oficial penalitățile și sancțiunile rezultate din executarea necorespunzătoare a contractelor anterioare, dar omite să le declare în DUAE**

Penalitățile contractuale aplicate de către diverși alți beneficiari, ca urmare a executării necorespunzătoare a contractelor anterior semnate, sunt recunoscute chiar de către PESA în cadrul notelor explicative la situațiile sale financiare aferente exercițiului financiar 01.01.2020 – 21.12.2020; PESA a confirmat atât faptul că i s-au impus penalități contractuale, cât și faptul că a executat în mod necorespunzător contracte deja încheiate cu autorități publice. În cadrul acestui document¹⁹ se indică faptul că:

„la 31 decembrie 2020 a fost efectuată o revizuire completă a penalităților contractuale (...). Aceste penalități de întârziere în livrarea vehiculelor, din nerespectarea parametrilor tehnici și din întârzieri în remediarea defecțiunilor.”

(d) **PESA a refuzat semnarea unui contract de achiziție publică anterior atribuit („Contractul Galați”)**

PESA a fost desemnată câștigătoarea Procedurii de atribuire publicată în SEAP prin Anunțul de participare nr. CN1022480 / 07.07.2020 și, deși multiple proceduri de contestare au vizat rezultatul, după respingerea acestora, PESA a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, situație asimilată explicit de lege unei abateri grave²⁰. În acest sens, dispozițiile art. 144 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016²¹ asimilează refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016²².

¹⁸ Informație disponibilă accesând următorul link: <https://www.railwaypro.com/wp/skm-warsaw-withdraws-pesa-train-contract/>; documente relevante privind situația acestui contract și penalitățile aplicate, se regăsesc și în **Anexa nr. 7**.

¹⁹ **Anexa nr. 8** – Note explicative la situațiile financiare PESA pentru exercițiul financiar 01.01.2020 – 21.12.2020.

²⁰ Informație disponibilă accesând următorul link: <https://www.viata-libera.ro/ancheta/196701-zece-tramvaie-ministeriale-pentru-galati-ramase-in-aer>

²¹ **Art. 144 din H.G. nr. 395/2016:**

„(1) Fără a aduce atingere prevederilor art. 207 alin. (2) din Lege, refuzul nemotivat al ofertantului declarat câștigător de a semna contractul de achiziție publică/acordul-cadru este asimilabil situației prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.” (subl. ns.)

²² **Art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016:**

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;” (subl. ns.)

- 2 **Situația neexecutării contractelor anterioare reprezintă abatere gravă, fiind aptă să atragă excluderea din actuala Procedură de atribuire atât din perspectiva existenței faptei, cât în special din perspectiva distinctă/de sine stătătoare a omisiunii informării transparente, în DUAE depus în procedură, cu privire la situațiile de acest tip**

Pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul Procedurii de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016²³ trebuie îndeplinite în mod **cumulativ** următoarele condiții, respectiv:

- Încălcarea de către ofertant în mod grav sau repetat a obligațiilor principale din contract;
- și
- Încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune – interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

Dacă aceste condiții sunt întrunite, ofertantul să nu poată să își probeze credibilitatea decât atunci când și dacă transparent și onest aduce situația de fapt la cunoștința autorității, alături de măsurile de probare a credibilității întreprinse.

Cu alte cuvinte, un operator care s-ar face vinovat de încălcarea gravă / repetată a unui contract anterior și rezilierea acestuia / plata daunelor interese (cum este PESA) are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract **doar dacă declară transparent situația încă de la momentul depunerii ofertei (ceea ce PESA nu a făcut)** și, într-o asemenea premisă, își probează credibilitatea prin prezentarea măsurilor efectiv întreprinse pentru evitarea unor consecințe viitoare similare, toate aceste trei aspecte impunându-se a fi fost verificate de către Autoritatea contractantă cu maximă atenție, diligență și claritate (ceea ce PESA nu mai poate face dată fiind lipsa de transparență).

Situațiile anterior semnalate cu privire la conduita contractuală necorespunzătoare a PESA, care a generat atât încetarea anticipată a unui contract anterior cât și aplicarea de daune-interese recunoscute explicit de către ofertant prin documentele sale financiare, se încadrează dincolo de orice dubiu în definiția abaterii profesionale grave; **doar atunci când și doar dacă operatorul ar fi declarat existența acestei abateri grave în DUAE, ar fi avut șansa oferirii unor explicații de natură a convinge că și-a reabilitat conduita**, respectiv că ar fi apt să i se atribue un nou contract întrucât măsuri de remediere proprii ar fi fost implementate.

Cum PESA nu a declarat în DUAE-ul depus în Procedura de atribuire nicio astfel de abatere, "șansa" prezentării unor dovezi de credibilitate nu mai există, alături de lit. g) devenind incidentă și lit. h) a art. 167 din Legea nr. 98/2016, astfel cum jurisprudența națională și interpretările europene impun.

²³ Art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 prevede că:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile; (...).”

Astfel, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016²⁴ coroborat cu art. 57 alin. (4) lit. h) din Directiva nr. 24/2014²⁵, „omisiunea” de a informa Autoritatea contractantă privind existența unei abateri grave, repetate, anterioare conduce, ea însăși, la excluderea din Procedura de atribuire. PESA avea obligația legală de a face cunoscute Autorității contractante situațiile în care se regăsește, prin completarea informațiilor relevante în cadrul secțiunilor din DUAE referitoare la motivele de excludere, ceea ce nu s-a întâmplat în speță; din analiza formularului DUAE rezultă fără echivoc faptul că ofertantul PESA a declarat că nu se află sub incidența vreunui dintre motivele de excludere, completând „NU” în secțiunile corespunzătoare din DUAE.

Declarațiile oferite de către PESA, prin completarea DUAE, contrazic flagrant realitatea faptică; astfel cum am arătat mai sus, documente necontestate atestă încălcarea în mod grav și repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unor alte contracte de achiziții publice, încălcări ce au dus la încetarea anticipată a unuia dintre contracte și la plata de penalități și care, sub nicio formă, nu trebuiau omise la momentul completării DUAE. Examenul jurisprudențial a demonstrat că ofertantului îi incumbă obligația de a aduce la cunoștința autorității contractante nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci și orice motiv potențial de excludere, fie el real sau aparent²⁶.

Oricum, PESA nu are posibilitatea de a-și auto-evalua situația²⁷.

²⁴ Art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile; h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;”

²⁵ Art. 57 din Directiva 24/2014:

„(4) **Autoritățile contractante pot exclude** sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...) (h) în cazul în care operatorul economic s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, nu a divulgat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate în conformitate cu articolul 59;”

Hotărârea CJUE din 03.10.2019 pronunțată în C-267/18:

„34 În plus, revine CNAIR sarcina să aprecieze dacă, prin neinformarea sa cu privire la rezilierea contractului nr. 1, ATE nr. 2 nu cumva a adoptat un comportament prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24. Astfel, după cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 53 din concluziile sale, această dispoziție cuprinde atât un comportament activ, precum o falsificare, cât și o omisiune, din moment ce comunicarea de informații false este, în aceeași măsură ca disimularea unor informații adevărate, susceptibilă să aibă un impact asupra deciziei luate de autoritatea contractantă. 36 În speță, întrucât rezilierea contractului nr. 1 a fost constatată în mod formal, revine ATE nr. 2, în temeiul cerințelor de transparență și de loialitate, sarcina de a informa autoritatea contractantă cu privire la situația sa. Astfel, aceasta ar fi trebuit să furnizeze de la bun început toate informațiile susceptibile să probeze caracterul eronat al calificării drept subcontractare, astfel încât nu și-a încălcat obligațiile în cadrul contractului nr. 1 sau că lipsa obținerii autorizației din partea autorității contractante în cadrul contractului de achiziții publice anterior nu constituia decât o neregulă minoră. Astfel de precizări ar fi putut fi menționate în special în formularul standard pentru documentul european de achiziție unic, anexat la Regulamentul de punere în aplicare 2016/7. Astfel, partea III din acest formular, care este consacrată „Motivelor de excludere”, cuprinde o secțiune C referitoare la „Motive legate de insolvabilitate, conflicte de interese sau abateri profesionale”. Or, în cadrul acestei secțiuni C, candidații trebuie să răspundă printre altele la întrebarea dacă sunt vinovați de o abatere profesională gravă și sunt invitați, în cazul unui răspuns afirmativ, să ofere precizări.” (subl. ns.).

²⁶ A se vedea în acest sens Decizia nr. 4211 din 08.08.2018, pronunțată de Curtea de Apel București.

²⁷ Sentința nr. 1539/2018 din data de 07.03.2018 pronunțată de Tribunalul București, Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal:

„Prin completarea DUAE și prin aducerea la cunoștință a unei situații aparente ofertantul nu se auto-exclude din procedură, iar acesta nu are dreptul de a aprecia în mod unilateral subiectiv dacă situația în care s-a aflat într-un contract de achiziții publice, (...) încheiat anterior corespunde gradului de gravitate a încălcării obligațiilor principale, (...), astfel că nu se poate reține că în mod nejustificat autoritatea contractantă a dat eficiență prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h) din legea nr. 98/2016 într-o atare situație în care reclamanta nu a făcut niciun fel de mențiune cu privire la astfel de situații ivite în cursul derulării contractelor sale de achiziție publică încheiate anterior.” (subl. ns.).

Singura entitate care poate aprecia în concret dacă PESA se încadrează în motivele de excludere este ARF, care a fost însă obstrucționată să procedeze astfel urmare a demersurilor ofertantului²⁸. Astfel, nu ofertantul este în măsură să decidă asupra încadrării sau nu a situației în care se regăsește în vreunul dintre motivele de excludere reglementate de legislația achizițiilor publice. Această prerogativă revine Autorității contractante care, însă, nu o poate exercita corect decât în măsura în care declarațiile oferite de către ofertant, la momentul completării DUAE, sunt complete, oneste și corespund realității, ceea ce nu a fost cazul în speță; analiza modului de completare a DUAE relevă faptul că ofertantul PESA nu a declarat că a fost subiectul unor sancțiuni privind rezilierea unui contract și plata de penalități, după cum nu formulat nicio declarație cu privire la încălcarea obligațiilor contractuale astfel constatate, iar această omisiune a împiedicat Autoritatea contractantă să efectueze o evaluare completă și corectă a ofertei PESA, ceea ce se impune a fi remediat prin reevaluare.

Dat fiind că PESA nu a informat Autoritatea contractantă despre incidența situațiilor de excludere în care se află ci, dimpotrivă, în DUAE depus în Procedura de atribuire a prezentat informații false care au denaturat realitatea de fapt, devin incidente și prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, impunându-se excluderea sa din prezenta procedură.

Informațiile din DUAE depus de către PESA conțin inadvertențe de fond respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, fiind incidente dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016²⁹; **pentru aceste considerente apreciem că, în reevaluare, se impune respingerea ofertei PESA ca fiind inacceptabilă** datorită faptului că ofertantul nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele Autorității Contractante privind motivele de excludere³⁰.

De altfel, ofertanții au obligația de sinceritate față de Autoritatea contractantă pe tot parcursul Procedurii de atribuire, iar o astfel de obligație are semnificație mai ales atunci când intervine un potențial caz de excludere. **Dacă declară informații false și/sau omite să informeze autoritatea cu privire la posibila incidență a unui motiv de excludere, ofertantul își pierde credibilitatea și prezumția de bună credință**, nemaivând posibilitatea răsturnării cazului de excludere³¹.

²⁸ Hotărâre CJUE din 19 iunie 2019 în cauza C-41/18:

„28 În al doilea rând, (...) din textul dispoziției respective rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.” (subl. ns.)

²⁹ Art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

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

³⁰ În conformitate cu Notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică / sectorială:

„b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE. Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției”. Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/ selecție formulate de către autoritatea/ entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.” (subl. ns.)

³¹ În acest sens, în jurisprudență se rețin următoarele chestiuni:

La nivelul jurisprudenței CJUE s-a statuat explicit că nedivulgarea de informații se încadrează în motivul de excludere statuat de lit. h) a art. 57 alin. (4) din Directiva nr. 24/2014, autoritățile contractate fiind obligate să verifice doar dacă informația omisă este semnificativă pentru decizia adoptată³².

Oricum, posibilitatea de a mai depune probe prin care operatorul să-și demonstreze credibilitatea există doar în măsura în care acesta, în prealabil, informează Autoritatea contractantă despre situația de excludere în care se afla; altfel, dacă omisiunea transmiterii unei informații este relevantă pentru verificarea motivelor de excludere, în lipsa respectării principiului sincerității, operatorul nu mai are dreptul de a invoca eventualele măsuri de restabilirea a credibilității întreprinse³³.

Întreaga evaluare a ARF s-a fundamentat pe informațiile false/incomplete prezentate de către PESA, cu toate că ofertantul era cel care cunoștea situația contractelor reziliate și/sau în cadrul cărora penalități de întârziere au fost aplicate urmare a duratelor îndelungate de livrare a vehiculelor. Niciun document emis de către ARF pe parcursul evaluării nu denotă că ar fi avut la dispoziția sa informații transmise de către PESA privind rezilierea contractului și/sau aplicarea penalităților de întârziere³⁴.

• Curtea de Apel București, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 4211/08.08.2018:

"ofertantul este obligat să aducă la cunoștința autorității contractante nu numai orice motiv de excludere pe care îl cunoaște, ci și orice motiv potențial de excludere, fie el real sau aparent."

• Curtea de Apel Târgu Mureș, Decizia nr. 1492/04.09.2018:

"Comportamentul operatorilor economic participanți la o procedură de atribuire, respective corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante, reprezintă elemente esențiale în aprecierea cazurilor de excludere ce vizează situația personală a acestora"

³² Hotărârea CJUE emisă în cauza C- 267/18:

"Deși având în vedere modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24 ar putea părea că „gravitatea” este necesară numai în ceea ce privește furnizarea de informații false, iar nu în ceea ce privește nedivulgarea de informații, considerăm că nu aceasta este situația. Atât în cazul în care este vorba despre o acțiune (falsificare), cât și în cel în care este vorba despre o omisiune (disimulare), ceea ce este important este ca informația furnizată în mod fals sau disimulată să fie semnificativă pentru decizia adoptată de autoritatea contractantă. În opinia noastră, aceasta este, din nou, o consecință a principiului proporționalității. Deși având în vedere modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24 ar putea părea că „gravitatea” este necesară numai în ceea ce privește furnizarea de informații false, iar nu în ceea ce privește nedivulgarea de informații, considerăm că nu aceasta este situația. Atât în cazul în care este vorba despre o acțiune (falsificare), cât și în cel în care este vorba despre o omisiune (disimulare), ceea ce este important este ca informația furnizată în mod fals sau disimulată să fie semnificativă pentru decizia adoptată de autoritatea contractantă. În opinia noastră, aceasta este, din nou, o consecință a principiului proporționalității." (subl. ns.).

³³ Decizia civilă nr. 48/R/2022 pronunțată de către Curtea de Apel Brașov:

"Dimpotrivă încălcarea obligației de a furniza informații complete autorității contractante, punând-o pe aceasta în imposibilitate de a verifica absența motivelor de excludere, se încadrează în prevederile art.161 alin. 1 lit., h) și determină eliminarea ofertantului din procedură, dispozițiile art. 169 din Legea nr.98/12016 fiind imperative. Totodată din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 167 alin.1 lit. g alin. 8 și art. 171, rezultă că, numai în cazul în care ofertantul declară în mod complet situațiile de încetare anticipată a contractelor semnlate anterior, de către acesta este posibil ca autoritatea contractantă, (...), să aprecieze gravitatea încălcării obligațiilor contractuale, iar operatorul economic are prilejul de a-și demonstra în mod concret credibilitatea, evitând astfel, excluderea din procedură. (...). Judicios reține Consiliul că omisiunea unor informații în cadrul DUAE este sancționată, potrivit dispozițiilor art. 161 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016, cu excluderea din procedura de atribuire." (subl. ns.).

³⁴ Decizia CNSC publicată în B.O. din anul 2021, rămasă definitivă prin Decizia nr. 144 din 25.01.2022 pronunțată de către Curtea de Apel București:

"Vizavi de nedeclararea acestei sancțiuni la nivel de DUAE, Consiliul este în asentimentul achizitoarei care a apreciat faptul că informațiile furnizate de candidat în cadrul DUAE nu au corespuns adevărului, prin neincluderea informațiilor publice legate de sancțiunea aplicată (...). Consiliul constată că, în mod corect și legal, achizitoarea a apreciat că nedeclararea acestei sancțiuni în DUAE a reprezentat o completare viciată a DUAE, în condițiile în care, candidatul era obligat să aducă la cunoștința ... această abatere profesională care i-a afectat integritatea, pentru a fi analizată de achizitoare prin raportare la prevederile art. 167 și următ. din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice."

Se impune, așadar, **excluderea ofertei PESA** în contextul în care:

- a) PESA și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unor contracte de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a și la plata de penalități de întârziere – fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;
- b) PESA nu a informat ARF privind conduita sa și sancțiunile aplicate, deși putea și trebuia să o facă în cadrul formularului DUAE – fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Nicio eventuală încercare a PESA de a lămurii, în prezent, situația semnalată și probată mai sus nu mai poate conduce la reabilitarea și menținerea în Procedura de atribuire a ofertantului care a încălcat obligația de sinceritate și transparență la momentul completării documentelor de licitație. Surprinzător este, totuși, faptul că ARF, cunoscând deja abaterile grave semnalate de către Alstom prin contestația înregistrată la data de 26.09.2023, a evaluat documentele suport ale PESA la data de 23.10.2023, ignorând complet existența acestora; nicio clarificare nu pare a fi fost adresată ofertantului PESA privind situația contractelor anterioare reziliate/cu penalități, deși, în mod cert, la data de 23.10.2023, autoritatea le cunoștea deja.

B.2 Propunerea tehnică a PESA nu respectă cerințele minim impuse prin Caietul de sarcini

1. Propunerea tehnică a PESA nu conține documentele impuse cu privire la vehiculul platformă și nici dovada asumării unor termene rezonabile și realiste

Secțiunea își propune a demonstra faptul că, deși avea obligația explicită de a oferi un produs bazat pe un design aflat în exploatare comercială, pentru care să depună documentele doveditoare privind autorizările/omologările și termenele anterioare de livrare ("vehicul platformă"), PESA s-a limitat la indicații generice privind un model neautorizat, pentru care termenele anterioare de livrare sunt mult mai mari decât cele maxime posibil a fi fost oferite în Procedura de atribuire.

Relevante în acest sens sunt:

- (a) cerința 1.2.1 a Caietului de sarcini care prevede:

"Furnizorul va oferi un vehicul care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini, vehicul bazat pe un design dovedit (produs proiectat, construit și livrat) aflat în exploatare cu călători. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi că RE-R oferit este bazat pe un produs care este în exploatare comercială" (sub. ns.)

- (b) cerințele explicite de conformitate a ofertei tehnice (care se regăsesc în secțiunea 13.1 a Caietului de sarcini) unde, explicit, li se impune ofertanților demonstrarea unor chestiuni punctuale în legătură cu chiar platforma model, cum ar fi:
 - Ofertanții sunt obligați să demonstreze termenele de livrare ale vehiculului pe al cărui design se bazează produsul oferit (pag. 97 a Caietului de sarcini);
 - Ofertanții sunt obligați să includă în propunerea tehnică documente justificative din care să rezulte că termenele de livrare asumate sunt realiste și rezonabile (cerința 13.2.8 a Caietului de sarcini).

Ce concluzii se desprind din cerințele de mai sus:

- Este obligatorie și esențială demonstrarea de către ofertant a design-ului dovedit și verificat în exploatare pe care se bazează trenul oferat; astfel, acest tren trebuie să fie fabricat și verificat în exploatare anterior depunerii ofertelor în actuala procedură. Cerința autorității de a fi oferat un model bazat de un design dovedit și verificat în exploatare trebuie văzută în contextul întregii documentații, respectiv cu luarea în considerare și a cerințelor legate de omologare și respectarea standardelor, finalitatea acestui demers fiind aceea de a obține un vehicul care să poată circula în siguranță în spațiul UE, având toate confirmările necesare;
- Termenele de livrare în actuala Procedură de atribuire trebuie demonstrate; ele nu pot fi exclusiv declarate. Demonstrația trebuie asigurată prin raportare la platforma model, pe care se bazează și pe capacitățile de producție ale ofertantului. Etapele necesare livrării unui tren de asemenea complexitate, necesar a fi în exploatare, conform normelor Europene, trebuie demonstrate prin verificarea modalității în care ofertantul a mai realizat acest produs până acum; ofertantul trebuie, așadar, să poată demonstra, în mod realist și cert, îndeplinirea tuturor cerințelor privind interoperabilitatea, atât la nivel de material rulant cât și la nivelul sistemelor de siguranță îmbarcate ETCS, cât și parcurgerea tuturor fazelor obligatorii, în timpul de livrare menționat în ofertă.

Indicațiile PESA privind vehiculul platformă vizează un produs autorizat exclusiv pentru probă.

Platforma pe care PESA declară că își bazează produsul oferat este, conform mențiunilor Raportului procedurii, "seria 654/655". Despre aceasta, se pretinde că "ofertantul a prezentat documente de omologare conform normelor europene relevante în vigoare"³⁵.

Constatările sunt eronate, platforma 654/655 nefiind pusă în exploatare cu călători, nefiind omologată, ci doar autorizată provizoriu pentru testare; mai mult, termenele de livrare a acesteia depășesc cu mult termenele posibil a fi fost oferate în Procedura de atribuire (termenul maxim pentru livrarea primei unități în actuala Procedură de atribuire fiind de 24 de luni), context în care cerințele nu se pot considera îndeplinite.

În susținerea celor mai sus afirmate, explicăm:

- (a) PESA nu putea depune pentru modelul 654 decât dovada autorizării de probă/teste, care se află la acest moment în derulare; platforma vizată nu este, așadar, nici autorizată tip, nici autorizată pentru punere în exploatare comercială, fiindu-i permis să efectueze probe fără pasageri (minim 5.000 km), ulterior demarând probele cu pasageri pe rute limitate (altele decât România), etapele de autorizare finală nefiind nicidecum terminate/parcurse. Acesta fiind vehiculul indicat de către PESA în scopul demonstrării cerințelor mai sus menționate, devin relevante caracteristicile efective ale acestei platforme și nivelul de autorizare pe care aceasta o poate demonstra. Însăși aprobarea emisă pentru testele aflate în curs la platforma seria 654 indică imposibilitatea punerii în exploatare anterior lunii decembrie 2023 (când trebuie finalizate testele)³⁶.

³⁵ În acest sens, mențiunile care se regăsesc la pag. 5/9 a Raportului procedurii.

³⁶ În acest sens, rugăm a fi observate mențiunile documentului depus anexat – **Anexa nr. 9**.

- (b) Pentru actuala Procedură de atribuire, PESA a oferat un produs diferit, care va fi dezvoltat cu o configurație și caracteristici distincte față de cele anterior realizate; astfel cum rezultă din informațiile furnizate de reprezentanții companiei poloneze³⁷:

„Trenurile pe care le vom furniza Căilor Ferate Române vor fi o dezvoltare a ramelor electrice de tip PESA 655-3 furnizate transportatorului privat ceh RegioJet. Acestea vor primi denumirile 655-6 și 655-5”, a declarat Jan Bonczyk, șeful Departamentului de vânzări pe piețele externe al PESA

și

„Această licitație nu înseamnă doar furnizarea de trenuri, ci și investiții pe piața locală din România. Plecăm de la premisa că, pentru a asigura mentenanța celor peste 90 de trenuri, PESA va înființa centre de service dedicate în cele trei regiuni, iar în acest sens dorim să colaborăm și cu parteneri locali” (subl. ns.), a adăugat Hanna Wiśniewska-Sîrbu, reprezentantul PESA în România.

- (c) Nici măcar dacă ar fi oferat platforma 654 existentă, PESA nu ar fi putut respecta cerințele și termenele asumate; cum declară că, în realitate, ofertează un produs diferit, bazat pe această anterioară platformă, devine însă important să se fi verificat dacă aceasta a fost pusă în exploatare comercială, când și ce termene au putut fi respectate în legătură cu ea.

Conform investigațiilor demarate pe baza informații publice rezultă următoarea situație:

- Primul contract semnat prin care rama PESA 654 (în 2 vagoane) prinde contur, este cel semnat între RegioJet și Pesa Bydgoszcz, în martie 2019, pentru primele 7 trenuri (în 2 vagoane), pentru a fi utilizate de RegioJet în regiunea USTI pe liniile regionale/locale (U1, U5, U7, U13, U1)³⁸;
- Punerea în serviciu era plănuită în a doua parte a anului 2021 (2 ani și jumătate după semnare), dar primele informații de punere în testare operațională și nicidecum de **„introducere pe piață”**, menționează 11 Decembrie 2022 (la 3 ani și jumătate după semnare)³⁹;
- La acest moment, după 4 ani și 5 luni, nu există „Autorizația de tip a vehiculului” și nici „Autorizație de introducere pe piață a vehiculului” ci, doar o **autorizație temporară pentru testarea trenului**⁴⁰;
- Suplimentar, trenul 654 care se află în perioada de testare pe rețea, este cel cu 2 vagoane. Totodată, există informații din Martie 2023⁴¹, în sensul că PESA, după ce a construit cele 7 trenuri 654 în 2 vagoane, **s-ar pregăti să construiască și variantă cu 3 vagoane**, care se presupune a fi similar cu cel oferat, însă acesta pare un proiect de viitor și nu un vehicul concret construit.

Prin urmare, trenul pe care PESA îl consideră design dovedit în exploatare nu este autorizat ca tip și/sau autorizat pentru punerea pe piață, nu deține omologările necesare (dovada complinirii testelor obligatorii pentru punerea în exploatare) și nici nu a fost livrat într-un termen mai mic de 24 de luni; cerințele impuse în legătură cu platforma model/design-ul dovedit în exploatare, termenele de livrare și deținerea omologărilor nu sunt, așadar, îndeplinite.

³⁷ Rugăm a se vedea în acest sens <https://pesa.pl/pesa-dla-kolei-rumunskich/>

³⁸ Rugăm a se vedea în acest sens <https://www.railwaygazette.com/traction-and-rolling-stock/regiojet-orders-elfeu-multiple-units/48171.article> & https://mostecky.denik.cz/zpravy_region/ustecky-kraj-regiojet-vlaky-polsko-20210922.html

³⁹ Rugăm a se vedea în acest sens <https://www.railvolution.net/news/first-class-654-emus-with-rj-in-service> & <https://dopravacek.eu/2022/12/13/regiojet-nasadil-do-provozu-v-usteckem-kraji-prvni-jednotky-pesa/>

⁴⁰ Anexa nr. 8 mai sus menționată.

⁴¹ Rugăm a se vedea în acest sens <https://www.railvolution.net/news/a-visit-to-pesa> din Martie 2023: „De asemenea, au început lucrările pregătitoare pentru un contract de continuare pentru șapte EMU din clasa 655 cu trei vagoane, tot pentru RegioJet.”

Pentru o mai amplă argumentare a acestei afirmații, rugăm Consiliul să observe că:

- (a) Conform Regulamentului UE nr. 2018/545 (indicat de către ARF în cadrul documentației de atribuire), există două tipologii de autorizații distincte, respectiv „*autorizația de tip a vehiculului*”⁴² și „*autorizație de introducere pe piață a vehiculului*”, ambele obligatorii pentru punerea în exploatare comercială⁴³; simpla deținere / prezentare a unei singure autorizații nu confirmă îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini, niciunul dintre cele două acte neputând fi substituit prin deținerea celuilalt, întrucât prezintă tipologii distincte de informații⁴⁴.
- (b) Regulamentul UE nr. 2018/545 statuează explicit că, pe baza informațiilor furnizate prin cererea de autorizare de tip a trenului, se efectuează înregistrări în ERATV⁴⁵. Cu alte cuvinte, orice autorizare de acest tip existentă trebuie să se regăsească în ERATV (iar, dacă nu se regăsește, concluzia care se impune este aceea că ea nu există). Autorizări în ERATV pentru trenul 654 și/sau pentru trenul 655 nu există.
- (c) Emiterea unei autorizații de tip pentru un tren se publică, în mod automat și obligatoriu, în cadrul ERATV; indicăm, în acest sens, reglementările care susțin afirmația, mai exact:
- Directiva 2016/797 care statuează că (i) „[a]utorizațiile de tip ale vehiculelor se înregistrează în Registrul european al tipurilor autorizate de vehicule”⁴⁶; (ii) caracterul public și accesibil în format electronic al informațiilor din ERATV și conectarea acestuia cu registrele relevante ale vehiculelor; precum și elementele minime pe care ERATV le conține, respectiv (1) caracteristicile tehnice, inclusiv cele legate de accesibilitatea pentru persoanele cu handicap și persoanele cu mobilitate redusă, ale tipului de vehicul, astfel cum sunt definite în STI relevante; (2) denumirea producătorului; (3) datele autorizațiilor privind zona de utilizare pentru un tip de vehicul, inclusiv orice restricție sau retragere⁴⁷.

⁴² Articolului 2 pct. 16 din Regulamentul UE nr. 2018/545:

„autorizația de tip a vehiculului” înseamnă decizia emisă de entitatea de autorizare pe baza unei asigurări rezonabile că solicitantul și entitățile implicate în proiectarea, producția, verificarea și validarea tipului de vehicul și-au îndeplinit obligațiile și responsabilitățile pentru asigurarea conformității cu cerințele esențiale ale legislației aplicabile care permit ca un vehicul produs conform acestui proiect să fie introdus pe piață și să fie utilizat în condiții de siguranță în zona de utilizare a tipului de vehicul conform condițiilor de utilizare a vehiculului și altor restricții, după caz, prevăzute în autorizația de tip a vehiculului, care trebuie aplicate tuturor vehiculelor autorizate în conformitate cu acest tip;”

⁴³ Articolului 2 pct. 15 din Regulamentul UE nr. 2018/545:

„autorizație de introducere pe piață a vehiculului” înseamnă decizia emisă de entitatea de autorizare pe baza unei asigurări rezonabile că solicitantul și entitățile implicate în proiectarea, producția, verificarea și validarea vehiculului și-au îndeplinit obligațiile și responsabilitățile respective pentru asigurarea conformității cu cerințele esențiale ale legislației aplicabile sau pentru asigurarea conformității cu tipul autorizat care permite introducerea pe piață a vehiculului și utilizarea acestuia în condiții de siguranță în zona de utilizare conform condițiilor de utilizare și altor restricții, după caz, prevăzute în autorizația vehiculului și în autorizația de tip a vehiculului;”

⁴⁴ A se vedea în acest sens Articolul 48 [Informațiile din autorizația de tip a vehiculului emisă] și 49 [Informațiile din autorizația de introducere pe piață a vehiculului emisă] din Regulamentul UE nr. 2018/545.

⁴⁵ ERATV reprezintă acronimul pentru „European register of authorised vehicle types” (în limba română „Registrul european al tipurilor autorizate de vehicule”), fiind și denumirea regăsită pe site-ul în care acest registru este disponibil.

⁴⁶ Ne referim la articolul 24 din Directiva (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului („Directiva 2016/797”).

⁴⁷ Articolul 48 [Registrul european al tipurilor de vehicule autorizate] din Directiva 2016/797:

„(1) Agenția creează și păstrează un registru al autorizațiilor de introducere pe piață a tipurilor de vehicule, eliberate în conformitate cu articolul 24. Acest registru: (a) este public și accesibil în format electronic; (b) respectă specificațiile comune menționate la alineatul (2); (c) este conectat cu registrele relevante ale vehiculelor. (2) Comisia adoptă specificații comune pentru registrul tipurilor de vehicule autorizate referitoare la conținutul, formatul datelor, arhitectura funcțională și tehnică, modul de operare și regulile de introducere și consultare a datelor, prin intermediul unor acte de punere în aplicare. Respectivele acte de punere în aplicare se adoptă în conformitate

- Decizia de punere în aplicare a comisiei din 4 octombrie 2011 privind registrul european al tipurilor autorizate de vehicule feroviare⁴⁸ prin care (i) s-a creat registrul european al tipurilor autorizate de vehicule (ERATV); (ii) s-a statuat că ERATV conține „date privind tipurile de vehicule autorizate de statele membre”; (iii) s-a impus obligația statelor membre ale Uniunii Europene să se asigure că sunt furnizate informațiile cu privire la autorizațiile tip acordate⁴⁹.

Simpla verificare a ERATV denotă faptul că nu este furnizată nicio informație privind platforma pe care se pretinde că s-ar baza trenurile ofertate de către PESA (respectiv nici 654, nici 655)⁵⁰; or, întrucât autorizațiile de tip ale vehiculelor se înregistrează în mod automat în Registrul european al tipurilor autorizate de vehicule, devine evident că, în realitate, platforma indicată de către PESA nu respectă cerința de a fi fost pusă în exploatare comercială⁵¹.

Dovada exploatării comerciale alături de dovada livrării în termenele rezonabile trebuiau depuse în ofertă, deci era obligatoriu ca acestea să fi fost emise anterior datei de 20.01.2023. Indiferent de o eventuală posibilitate a PESA de a obține, ulterior atribuirii contractului, a acestora, omisiunea ofertantului de a le fi prezentat în cadrul propunerii tehnice atrage respingerea ofertei ca neconformă.

- (d) Termenul de maxim 24 de luni pe care PESA era obligat să îl respecte sub sancțiunea explicită a respingerii ofertei sale ca neconformă nu a putut fi respectat în cazul vehiculului platformă, asumarea ofertantului în cazul prezentei Proceduri de atribuire devenind așadar una pur oportunistă. În acest sens:

- Pct. II.2.5 Criterii de atribuire din Fișa de date: „Pentru fiecare luna în plus va fi scăzut 0,5% din scorul total iar ofertele ce vor conține un termen mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate non-conforme și eliminate.”
- Pentru vehiculul indicat ca reprezentând design anterior, pretins a fi fost pus în exploatare, procedura de autorizare încă în curs are o durată de 4 ani și 5 luni (adică 53 de luni) până în prezent, mult mai mult așadar față de cele maxim 24 de luni pe care PESA trebuia să și le asume în actuala Procedură de atribuire; PESA nu putea depune, așadar, pentru această platformă dovada respectării termenelor asumate (astfel cum cerința 13.2.8 din Caietul de sarcini impune);

cu procedura de examinare menționată la articolul 51 alineatul (3). (3) Registrul conține, în cazul fiecărui tip de vehicul, cel puțin următoarele elemente: (a) caracteristicile tehnice, inclusiv cele legate de accesibilitatea pentru persoanele cu handicap și persoanele cu mobilitate redusă, ale tipului de vehicul, astfel cum sunt definite în STI relevante; (b) denumirea producătorului; (c) datele autorizațiilor privind zona de utilizare pentru un tip de vehicul, inclusiv orice restricție sau retragere.”

⁴⁸ Această decizie este în vigoare și la acest moment, prin Decizia de Punere în Aplicare (UE) 2023/1696 A COMISIEI din 10 august 2023 fiind modificate exclusiv anexele acesteia.

⁴⁹ **Articolul 2 din Decizia de punere în aplicare a Comisiei din 4 octombrie 2011 privind registrul european al tipurilor autorizate de vehicule feroviare:**

„(1) Agenția creează, exploatează și menține registrul european al tipurilor autorizate de vehicule pe baza specificației stabilite în anexele I și II. (2) Registrul european al tipurilor autorizate de vehicule (ERATV) conține date privind tipurile de vehicule autorizate de statele membre în conformitate cu articolul 26 din Directiva 2008/57/CE. (...)”

Articolul 3 alin. (1) din Decizia de punere în aplicare a Comisiei din 4 octombrie 2011 privind registrul european al tipurilor autorizate de vehicule feroviare:

„Statele membre se asigură că autoritățile naționale de siguranță furnizează informațiile stabilite în anexa II cu privire la autorizațiile de tip pe care le-au acordat”

⁵⁰ A se vedea în acest sens <https://eratv.era.europa.eu/Eratv/Search>

⁵¹ Articolul 24 [Autorizația de tip a vehiculelor] din Directiva 2016/797:

„În cazul în care agenția sau o autoritate națională de siguranță emite o autorizație de introducerea pe piață a unui vehicul, aceasta emite simultan, la cererea solicitantului, autorizația de tip a vehiculului, care se referă la aceeași zonă de utilizare a vehiculului.”

- Și dacă platforma pe care se fundamentează ar fi fost autorizată (ceea ce nu este cazul, astfel cum mai sus demonstrăm), oricum, termenul oportunist declarat nu putea fi respectat; trenul oferat este diferit de cel pe care se bazează și va presupune termene suplimentare de proiectare, realizare, testare, omologare și recepție. În absența unei norme clare care să indice clar timpii necesari în România, ghidul ASFR neprecizându-i în mod concret, plecând de la premisa uniformității normativelor la nivelul UE, vă rugăm să observați procedura din Germania⁵², în care, la paginile 23-25 sunt prezentate diagramele de omologare și certificare de tip, în funcție de caz. Astfel, pentru un vehicul nou, cum este cazul PESA, autoritățile de resort din Germania estimează durata la „> 40 de luni”, iar pentru cazul unei variante, la „circa 32 de luni”. Oricare ar fi cazul, la acești timpi se adaugă cei aferenți certificării în România care, oricât de scurți ar fi, depășesc împreună cu mult durata de 24 de luni pentru livrarea primei unități oportunist prezentată de către PESA⁵³.
- fiind lipsit de orice dubiu faptul că trenul oferat este diferit de trenul 654 (menționat ca aflându-se în operare, dar, de fapt, fiind doar în testare, în Cehia, cu autorizație temporară), este necesară obținerea unor autorizații distincte pentru trenul 655 (oferat), nefiind posibilă luarea în considerare a etapelor deja parcurse pentru trenul 654; pentru ca trenul 654 (neautorizat încă) să „devină” trenul 655 sunt necesare modificări semnificative ale valorilor parametrilor trenului în conformitate cu normele STI și, în concluzie, o nouă autorizare distinctă, cele două trenuri neputând fi considerate ambele autorizate în temeiul aceluiași document anterior (eventual) emis pentru trenul 654 (deși în ERATV nu există nicio astfel de înregistrare); concret:
 - dispozițiile Regulamentului 2018/545 (indicat chiar de către ARF prin documentația de atribuire) statuează explicit necesitatea emiterii unor noi autorizații (de tip și/sau de punere pe piață) dacă sunt îndeplinite criteriile prevăzute la articolul 21 alineatul (12) din Directiva 2016/797⁵⁴;
 - criteriile prevăzute la articolul 21 alineatul (12) din Directiva 2016/797 vizează inclusiv situația în care „se aduc modificări valorilor parametrilor menționați la alineatul (10) litera (b)”⁵⁵ care se situează în afara gamei parametrilor acceptabili, conform definiției din STI”;

⁵² https://www.eba.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fahrzeuge/Inbetriebnahme/Handbuch/Handbuch_Eisenbahnfahrzeuge.html

⁵³ În acest sens, rugăm a fi observate dispozițiile Ghidului ASFR și Documentul privind omologarea vehiculelor feroviare - **Anexa nr.**

10

⁵⁴ Relevante în acest sens sunt următoarele prevederi ale Regulamentului 2018/545:

- **Articolul 14:**

„(1) Solicitantul identifică și alege autorizația relevantă dintre următoarele cazuri: (d) o nouă autorizare: autorizația de tip a vehiculului și/sau autorizația de introducere pe piață a vehiculului emisă de entitatea de autorizare după o modificare adusă unui vehicul și/sau unui tip de vehicul deja autorizat, în temeiul articolului 21 alineatul (12) sau al articolului 24 alineatul (3) din Directiva (UE) 2016/797;”

- **Articolul 15** care vizează modificări aduse unui vehicul deja autorizat pentru tip:

„(1) Orice modificări aduse unui tip de vehicul autorizat sunt analizate și clasificate drept una singură dintre următoarele modificări și sunt supuse autorizării, astfel cum se prevede în continuare: (d) o modificare care necesită o nouă autorizare în conformitate cu criteriile prevăzute la articolul 21 alineatul (12) din Directiva (UE) 2016/797.”

- **Articolul 16** care vizează modificări aduse unui vehicul deja autorizat pentru introducerea pe piață:

„(2) Orice alte modificări aduse unui vehicul sunt analizate și clasificate în conformitate cu articolul 15 alineatul (1).”

⁵⁵ Articolul 21 alineatul (10) litera (b) din Directiva 2016/797:

„Autorizațiile de introducere pe piață a vehiculelor menționează: (b) valorile parametrilor stabiliți în STI și, după caz, în normele naționale, pentru verificarea compatibilității tehnice dintre vehicul și zona de utilizare;”

- parametrii de bază stabiliți în STI care conduc la incidența articolul 21 alineatul (12) din Directiva 2016/797 și, implicit, la necesitatea emiterii unor noi autorizații ca urmare a modificărilor semnificative, sunt redați în cadrul Tabelului 17a din Regulamentul UE nr. 1302/2014⁵⁶ și vizează:
- i. condiții de sarcină și masa cântărită, respectiv o modificare a masei totală a trenului cu mai mult de $\pm 10\%$ (pct. 4.2.2.10.); este, de altfel, indubitabil faptul că un tren cu trei vagoane are o masă totală mai mare de 10% decât a unei rame cu doar două vagoane;
- ii. Modificarea numărului de vehicule care compun formația fixă (pct. 4.2.12.2.) ceea ce include, incontestabil, modificarea numărului de vagoane;
- iii. performanța de frânare – capacitatea termică, respectiv modificarea energiei termice maxime a frânei $\pm 10\%$ (pct. 4.2.4.5.4.); este, de asemenea, indubitabil că un tren interregional cu trei vagoane necesită o performanță de frânare mult mai sporită decât cea a unui tren regional, întrucât sunt diferite vitezele, masa trenului, gradientul maxim al liniei, perioada de timp și distanțele pentru care aceste tipologii de rame sunt folosite.

Prin urmare:

- PESA nu deține și nu ar fi putut depune dovada exploatării comerciale a platformei pe care se bazează trenul oferat; în realitate, această platformă este autorizată doar pentru teste, nefiind până la acest moment emise autorizațiile și omologările specifice pentru punere în exploatare comercială; oricum, dincolo de dovezile furnizate aici, noțiunea de „design dovedit” presupune existența unui istoric dovedit în exploatare, iar nu în regim (restricționat) de teste, pe rute regionale, pe parcursul a câtorva mii de km.
- PESA nu deține și nu ar fi putut depune dovada respectării unor termene de livrare de maxim 24 de luni în legătură cu platforma pe care se bazează trenul oferat; dimpotrivă, pentru platforma indicată se înregistrează deja 53 de luni fără ca autorizația de punere în exploatare să fi fost emisă;
- Pentru trenul oferat, sunt necesare modificări constructive semnificative, care vor conduce la obligativitatea obținerii unei autorizări distincte de cea pe care, la un moment dat, PESA ar putea-o obține pentru vehiculul platformă; termenele de autorizare au, la rândul lor, durate semnificative (mai mari decât cel de maxim 24 de luni pe care PESA era obligată să îl declare), iar PESA nu le poate respecta,

context în care cerințele impuse prin Caietul de sarcini nu sunt îndeplinite, iar oferta PESA se impune a fi respinsă întrucât nici documentele doveditoare referitoare la vehiculul pe care se bazează produsul oferat, nici termenele declarate nu sunt veridice.

- 2 Și alte abateri pot fi semnalate în legătură cu propunerea tehnică a PESA; acestea vizează: (a) nerespectarea timpilor de evacuare pasageri; (b) completarea propunerii tehnice prin clarificările adresate; (c) neluarea în considerare a spațiilor pentru bagajele mari; (d) amplasarea scaunelor într-o manieră care nu respectă gradul de confort minim impus; (e) neluarea în considerare și a altor dotări minim impuse, precum automatele de cafea, băuturi răcoritoare, dulciuri, etc; (f) calcul masei trenului a fost prezentat incomplet și neconform.

⁵⁶ Regulamentul (UE) nr. 1302/2014 al Comisiei din 18 noiembrie 2014 privind o specificație tehnică de interoperabilitate referitoare la subsistemul „material rulant – material rulant de călători și locomotive” al sistemului feroviar din Uniunea Europeană („Regulamentul UE nr. 1302/2014”).

[8] Punctual în continuare, arătăm că:

(a) În configurația trenului, PESA nu a luat în considerare toate dotările minim impuse prin documentația de atribuire

În acest sens, arătăm că:

- Potrivit cerințelor documentației de atribuire, ofertanții aveau obligația de a include, cel puțin, următoarele dotări (i) uși de acces⁵⁷; (ii) 2 toalete ecologice, din care o toaletă trebuie să fie amenajată pentru persoanele cu mobilitate redusă, aflate în scaunele cu rotile⁵⁸; (iii) suport pentru transportul bicicletelor; (iv) suport pentru bagajele mari; (v) spațiu pentru amplasarea de automate de cafea, băuturi răcoritoare, dulciuri, etc⁵⁹; (vi) cel puțin două scaune cu rotile⁶⁰.

Includerea acestor dotări, obligatorii potrivit cerințelor Caietului de sarcini, conduce, dincolo de orice dubiu, la ocuparea spațiilor aferente instalării acestora în spațiul interior al trenului oferat.

- Configurația trenului oferat de către PESA nu poate include, însă, în spațiul disponibil interior, toate aceste dotări. Concret, la o lungime liberă utilă de 66 metri (liniari), luând în considerare toate lungimile dotărilor necesare obligatorii, inclusiv a numărului minim de scaune fixe (200), conform simulării prezentate anexat⁶¹, se ajunge la concluzia că există o diferență de cca. 3,75 metri liniari utili între spațiul disponibil în interiorul trenului PESA și cel necesar pentru a instala (minimum) 200 scaune fixe.

Astfel cum se remarcă din simulare, există, de fapt, trei teze posibile, respectiv:

- fie PESA nu a inclus toate dotările minime solicitate prin Caietul de Sarcini,
- fie PESA nu a respectat distanța minimă impusă între scaunele fixe,
- fie PESA nu a inclus o parte din dotările obligatorii, nerespectând în același timp distanța dintre minimă impusă pentru scaunele fixe, cel puțin în ceea ce privește unele dintre acestea.

Oricare dintre aceste trei variante conduce, oricum, la respingerea ofertei ca neconformă. ARF nu a evaluat, însă, oferta prin raportare la cerințele explicite ale Caietului de sarcini, desemnând PESA câștigătoare exclusiv în baza propriilor declarații a căror realitate faptică este contrazisă printr-un simplu calcul matematic.

Dovadă a faptului că, din documentele depuse de către PESA, nu rezultă respectarea spațiilor necesare pentru ofertarea numărului minim de scaune este inclusiv faptul că ARF a solicitat ofertantului: (i) prezentarea unui calcul detaliat pentru fiecare vagon ținând cont de dotările solicitate (precum automate, validatoare); (ii) precizarea propunerii de rezervare a spațiului pentru amplasare de automate de cafea pe desenele tehnice; și (iii) precizarea distanțelor dintre spătarele scaunelor pentru fiecare vagon din componerea RE-R oferat⁶².

⁵⁷ A se vedea în acest sens pct. 3.5.2 pct. 9 din Caietul de sarcini (pag. 47).

⁵⁸ A se vedea în acest sens pct. 3.5.1.3 din Caietul de sarcini (pag. 46).

⁵⁹ A se vedea în acest sens pct. 2.1.27 din Caietul de sarcini (pag. 32).

⁶⁰ A se vedea în acest sens pct. 3.5.1.1.19 din Caietul de sarcini (pag. 44).

⁶¹ A se vedea Anexa 11 – Calcul spațiu interior disponibil pentru scaune.

⁶² A se vedea în acest sens Solicitarea de clarificări nr. 3094/20.04.2023 adresată PESA.

Relevant de remarcat, în acest context, este inclusiv faptul că, prin răspunsurile la clarificări, PESA:

- a modificat propunerea tehnică prin indicarea spațiilor dintre scaune, deși acest aspect nu a fost niciodată adus la cunoștința ARF prin oferta inițială; dovadă în acest sens este tocmai solicitarea de clarificări nr. 11 și 12 din cadrul Adresei nr. 3094/20.04.2023 prin intermediul căreia i s-a permis PESA să indice distanța dintre ambele categorii de scaune, anterior omisă.
- a completat propunerea tehnică cu multiple desene tehnice care ar reda respectarea cerințelor Caietului de sarcini, în mod evident omise din propunerea tehnică inițială. Practic, ARF a permis completarea propunerii tehnice a PESA cu informații pe care ofertantul nu le-a redat în documentele inițial depuse ceea ce trebuia, de fapt, să atragă respingerea ofertei (nicidecum desemnarea ei drept câștigătoare).
- a „întors” prevederile Caietului de Sarcini, citând în cuprinsul ofertei sale prevederi ale acestuia, fără, însă, a include în oferta sa elementele obligatorii cerute. Un exemplu tip este, de altfel, relevat prin punctul 5 al solicitării de clarificări nr. 2799/10.04.2023, din lectura căruia constatăm cu ușurință acest tip de practică pe care jurisprudența achizițiilor publice o sancționează în numeroase spețe.

De altfel, analizând solicitările de clarificări adresate PESA, se constată că ARF a înțeles să revină cu aceleași întrebări în mod repetat, dovadă a faptului că răspunsul furnizat inițial nu era concludent față de întrebarea efectiv adresată⁶³, iar intervalele de timp acordate pentru răspunsuri au fost de fiecare dată extinse, la solicitarea PESA, demers care demonstrează că nu a fost suficientă o simplă verificare și lămurire a unor aspecte preexistente, ci dimpotrivă chestiunile invocate în răspuns au presupus o elaborare inițială cu prilejul clarificării.

B.3 Propunerea financiară a PESA nu este corect întocmită și fundamentată

Propunerea financiară a PESA este întocmită cu nerespectarea cerințelor cap. 14 din Caietul de sarcini, PESA omițând să coreleze propunerea tehnică și cea financiară și să declare sprijinul de care beneficiază din partea statului de origine.

Punctual:

- (a) **PESA a inclus componente semnificative ale mentenanței în valoarea de achiziție a trenurilor; procedând astfel, PESA a oferat, în realitate, prețuri nesustenabile pentru fiecare dintre cele două componente (achiziție trenuri și mentenanță), acestea fiind incorect fundamentate**

Conduita PESA de a include valori ale mentenanței în prețul oferat pentru achiziția trenurilor precum și de a omite fundamentarea corectă și completă a costurilor necesar a fi luate în considerare rezultă din faptul că:

- Pentru toate trenurile aferente celor 3 loturi, PESA a oferat aceeași valoare unitară;

⁶³ Exemplificativ în acest sens indicăm: (i) Solicitarea de clarificări nr. 4340/14.06.2023 (lotul 2) în raport de care i s-a solicitat răspunsul PESA (până la data de 16.06.2023) privind prezentarea de informații suplimentare referitoare la distanțele care sunt asigurate conform dispunerii ofertate, pentru scaunele normale / prioritare și (ii) Solicitarea de clarificări nr. 4480/19.06.2023 (lotul 2) în raport de care i s-a solicitat răspunsul PESA (până la data de 23.06.2023) în raport de exact aceleași aspecte precum în solicitarea anterioară.

- Pentru serviciile de mentenanță, PESA a oferat aceeași valoare, indiferent de Lotul în care a depus oferta; or, astfel cum cerințele probează, nevoia de investiții și/sau numărul depourilor necesar fi amenajate diferă de la un lot la altul, ceea ce demonstrează că valoarea mentenanței nu ar fi putut fi aceeași/identică în fiecare dintre loturi. În condițiile cerinței explicate reglementate la pct. 1.1.4 din Caietul de sarcini în sensul că *"spațiile necesare prestării serviciilor de mentenanță și reparații sunt în responsabilitatea exclusivă a furnizorului"* și, de pe altă parte, a cerinței ca aceste spații *"să fie la o distanță rezonabilă (max. 10 km) față de stația de domiciliu"*, observând și secțiile de circulație detaliate prin Anexa nr. 8 a Caietului de sarcini, se poate observa că Lotul 2 presupune, de exemplu, amenajarea unui număr de minim trei depouri (spre deosebire de loturile 1 și 3 unde, probabil, ar fi putut fi luate în considerare doar două). Asemenea diferențe între loturi și dotările impuse pentru fiecare justifică cel puțin dubiile rezonabile privind capacitatea PESA de a fi oferat aceeași valoare pentru fiecare lot, situație neclarificată de către ARF și reprezentând, cel mai probabil, rezultatul unei oferte arbitrare, oportuniste, căreia nu îi corespunde un calcul riguros de tipul celui impus prin Cerința nr. 14.3 a Caietului de sarcini. De altfel, declarațiile publice ale PESA denotă intenția de a amenaja doar trei asemenea depouri pentru toate cele trei loturi, care oricum ar fi insuficiente în raport de numărul de km maxim impuși⁶⁴.

Din economia dispozițiilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016⁶⁵ rezultă obligația ofertanților de a corela propunerea financiară cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului; sancțiunea nerespectării acestei obligații este respingerea ofertei ca neconformă⁶⁶. Practic, prețul oferat trebuie să reflecte și să fie pe deplin corelat cu (i) toate activitățile necesare pentru a se realiza obiectul contractului, (ii) resursele (tehnice, materiale, umane) utilizate; (iii) orice cerință a documentației de atribuire pentru a cărei îndeplinire sunt implicate costuri pentru ofertant. Or, includerea costurilor cu mentenanța în valoarea de achiziție a trenurilor nu poate justifica respectarea unei asemenea obligații de corelare, ajungându-se la situația greșită în care, aleatoriu, s-a oferat oportunist o valoare cât mai mică, nefundamentată și, în mod cert, neacoperitoare.

Includerea costurilor aferente lucrărilor de construire și dotare aferente spațiilor de mentenanță în alt loc decât prețul mentenanței este, de altfel, profund eronată în raport și cu alte dispoziții legale incidente. Astfel, (a) această practică folosește fonduri de investiții (CAPEX) din surse europene pentru a acoperi cheltuieli de operare (OPEX), finanțate din bugetul operatorilor feroviari, chiar dacă sau poate cu atât mai mult cu cât aceștia sunt subvenționați de stat. O asemenea practică duce, pe de o parte, la distorsionarea concurenței între operatorii feroviari și, pe de alta, la înregistrarea unor cheltuieli financiare cu amortizarea de către ARF a unor active „umflate” pe o perioadă de 30 de ani. Mai apoi, (b) PESA va deveni proprietarul unor active (depourile/facilitățile de mentenanță) pe care niciodată nu le-a plătit și nici finanțat. O astfel de practică, dincolo de aspectul moral, este sancționabilă prin neutilizarea corespunzătoare a fondurilor europene. Tot în

⁶⁴ În acest sens, rugăm a fi observată declarația PESA – **Anexa nr.12**.

⁶⁵ Art. 133 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016:

„Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului (...).”

⁶⁶ Art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016:

„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, (...).”

această categorie, se înscrie faptul că, odată finanțate astfel aceste investiții, PESA (c) va distorsiona în viitor concurența prin posibila utilizare a acestora în scopul executării altor proiecte la care va participa în calitate de ofertant „subvenționat”, o practică deja înșușită. În context, ARF trebuie să se întrebe ce s-ar întâmpla în (d) cazul în care PESA, dintr-un motiv sau altul, nu ar duce la bun sfârșit contractul de mentenanță; în acest caz, ce s-ar întâmpla cu facilitățile de mentenanță deja plătite odată cu trenurile? Eventual preluată această activitate de către un alt operator, costurile, revenite astfel la nivelul pieței, nu ar produce cumva pierderi semnificative operatorilor feroviari?

Mai mult, însă, PESA pare a fi oferat valori nesustenabile ale componentelor și ca o consecință a susținerii financiare de care beneficiază. PESA beneficiază de ajutor de stat, fiind susținută de statul polonez⁶⁷. Situația este de natură a distorsiona concurența, ofertantul având posibilitatea de a prezenta un preț cu componente neobișnuit de scăzute, bazându-se pe ajutorul nedeclarat în Procedura de atribuire. Concret:

- PESA reprezintă o companie producătoare de vehicule feroviare din Polonia care, potrivit declarațiilor oficiale ale chiar reprezentanților statului polonez, a întâmpinat semnificative dificultăți financiare în activitatea profesională, dificultăți depășite cu ajutorul statului polonez⁶⁸. În acest sens, declarațiile oficiale ale chiar reprezentanților statului polonez⁶⁹ relevă situații de tipul:

„Cu doar câțiva ani în urmă, PESA era în pragul falimentului. Mâna invizibilă a pieței nu a ajutat PESA, mâna vizibilă a statului polonez a ajutat-o. Deoarece compania s-a confruntat cu dificultăți, Fondul polonez de dezvoltare s-a implicat în sprijinirea și restructurarea acesteia. Astăzi, PESA este o bijuterie a coroanei nu numai a Bydgoszcz, ci și a întregului voievodat. Este un diamant al industriei poloneze, unul care nu a fost niciodată menit să existe”, a subliniat Morawiecki.

sau

„PESA pune în aplicare un program de restructurare. În iunie 2020, a înregistrat cele mai mari venituri din ultimii 5 ani, în valoare de aproape 300 de milioane PLN într-o lună. Acest lucru nu ar fi posibil fără sprijinul statului. Asistența oferită în cadrul Fondului polonez de dezvoltare a salvat PESA de la faliment.”

- După dificultățile financiare asociate cu intrarea pe piața germană, PESA a fost restructurată, naționalizată și preluată de către Fondul Polonez de Dezvoltare (PFR). Din iunie 2018, Guvernul polonez a preluat controlul asupra constructorului de trenuri PESA, aflat în dificultate financiară, toate acțiunile companiei fiind achiziționate de Fondul Polonez de Dezvoltare (PFR). Astfel, la acest moment, PESA este deținută de fondul de investiții controlat de către statul polonez⁷⁰, fiind beneficiara unui ajutor pe care, pentru a nu distorsiona concurența și sub sancțiunea respingerii ca neconforme a ofertei depuse fără o asemenea dezvoltare, era obligată să îl aducă la cunoștința autorităților achizițoare.

⁶⁷ În acest sens, relevante sunt chiar informațiile de pe site-ul oficial al PESA, unde este indicat aportul PFR în cadrul organizației, PFR fiind un investitor care oferă instrumente ce servesc dezvoltării companiilor și administrațiilor locale; rugăm a se vedea în acest sens link-ul: <https://pesa.pl/o-pesa/#pfr>

⁶⁸ Rugăm a se vedea în acest sens link-ul: <https://pfrsa.pl/en/>

⁶⁹ Rugăm a se vedea în acest sens **Anexa nr. 13**, respectiv link-ul: <https://www.gov.pl/web/primeminister/prime-minister-today-the-state-budget-supports-numerous-projects-crucial-to-both-citizens-and-economic-development#>

⁷⁰ <https://www.railjournal.com/financial/polish-government-takes-control-of-pesa/>

- Susținerea statului polonez se relevă inclusiv prin emiterea în numele PESA a scrisorii de garanție de participare de către o entitate subordonată tot Ministerului de Finanțe polonez. Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych („KUKE”) – emitentul scrisorii de garanție de participare, face parte tot din Fondul Polonez de Dezvoltare (PFR), o structură guvernamentală poloneză care „finanțează dezvoltarea întreprinderilor, comunităților locale și a țării”.

Informațiile succint prezentate mai sus cu privire la evoluția financiară și sprijinul de care PESA beneficiază din partea statului polonez conturează contextul în care vigilența și atenția autorităților achizitoare s-ar fi impus a fi și mai mari, nicidecum indiferente, la valorile oferite.

Reglementări europene și naționale impun declararea transparentă a unor situații de acest fel, analiza atentă din partea autorităților publice și verificarea detaliată a prețurilor/componentelor de preț oferite, inclusiv din perspectiva concurenței posibil a fi distorsionate atunci când, în esență, un operator privat ajunge să concureze la atribuirea unui contract de achiziție publică cu însuși statul care susține competitorul⁷¹. Valorile PESA pentru mentenanță sunt nu numai nesustenabile, ci flagrant diminuate, situație care nici măcar nu a făcut obiectul unei verificări/clarificări din partea ARF. Rugăm Consiliul să observe că expunerea are rolul de a contura câteva concluzii esențiale pentru contestația promovată, respectiv că:

- Regulile liberei concurențe trebuie respectate; egalitatea de tratament, nediscriminarea și transparența reprezintă principii de bază care nu trebuie alterate prin protejarea unor interese individuale;
- Operatorii economici care beneficiază de finanțări acordate de stat nu au dreptul să denatureze concurența; prezența în piață a unui operator economic care beneficiază de ajutor din partea statului de origine conduce la încălcarea principiilor de bază ale achizițiilor publice, prețul foarte mic oferit nefiind rezultatul unui demers transparent de fundamentare (așa cum se pretinde oricărui alt operator economic participant la procedurile de atribuire a unui contract de achiziție publică);
- Ofertarea unui preț redus ca urmare a finanțărilor primite din partea statului de origine trebuie investigată și poate conduce la respingerea ofertei ca neconformă; dispozițiile aplicabile impun verificarea atentă a situațiilor în care un operator economic subvenționat participă la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică. Transparența și egalitatea de tratament nu se pot considera respectate atunci când se compară oferte depuse de operatori susținuți de statul de origine cu oferte ale operatorilor economici autonomi;
- Oferta care prezintă un preț /elemente de preț neobișnuit de scăzut/e trebuie respinsă ca neconformă; dispozițiile legale (naționale și comunitare) sunt extrem de clare în această privință și nu permit derogări. Sancțiunea este reglementată tocmai pentru a proteja principiile egalității de tratament și nediscriminării care, în materia achizițiilor publice, reprezintă condiția *sine qua non* a desfășurării corecte a unei proceduri.

⁷¹ În acest sens, detalierea dispozițiilor legale, naționale și europene relevante se regăsește în **Anexa nr. 14**.

Concluzionând, propunerea financiară a PESA:

- Nu reprezintă rezultatul unei fundamentări corecte a costurilor care o compun; sunt, așadar, încălcate atât dispozițiile legale, cât și cerințele explicite ale documentației de atribuire care impuneau fundamentarea;
- Dispozițiile art. 210 alin (1) din Legea nr. 98/2016⁷² coroborate cu dispozițiile art. 136 din HG nr. 395/2016⁷³ impun obligația ca, atunci când componenta prezintă o valoare redusă la mai mult de 80% din valoarea estimată, Autoritatea să clarifice ofertantul (neexistând nicio opțiune/posibilitate de a stabili discreționar că nu ar fi necesară clarificare); corelativ, ofertantul are obligația de a fundamenta economic valoarea neobișnuit de scăzută oferată, aducând nu numai explicațiile relevante, ci și dovezile de natură a proba sustenabilitatea acestei valori;
- Cu prilejul clarificării obligatorii a valorii neobișnuit de scăzute oferate, PESA avea și obligația de a declara susținerea de care beneficiază, dispozițiile art. 210 alin (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016⁷⁴ stabilind obligația explicită ca, într-o asemenea situație în care dincolo de orice dubiu PESA se află, ajutorul oferit de statul polonez să fie declarat;
- Inclusiv prin cerințele Caietului de Sarcini⁷⁵, ARF a impus în sarcina ofertanților obligația de a fi prezentat "o descompunere a prețului de achiziție" și, respectiv, "o descompunere a prețului de mentenanță", insistând asupra obligației prezentării modalității de fundamentare a valorilor oferate prin descompuneri detaliate; o astfel de obligație demonstrează tocmai importanța fundamentării valorii oferate, cu scopul (cel mai probabil) al verificării capacității ofertantului de a duce la bun sfârșit un contract cu natură complexă, în cadrul căruia activitatea de mentenanță presupune dotări și echipamente specifice, costisitoare, necesar a fi disponibilizate pe o durată de minim 15 ani (în realitate, 30 de ani). Cerința Caietului de sarcini astfel menționată nu echivalează și nu înlocuiește obligația legală a ARF de a fi clarificat ofertantul care prezintă o componentă cu valoare redusă, varianta de a fi ignorat clarificarea și demonstrarea probată a sustenabilității ofertei sale fiind într-o flagrantă contradicție cu prevederile legale mai sus enunțate.

⁷² Art. 210 alin (1) din Legea nr. 98/2016:

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

⁷³ Art. 136 din HG nr. 395/2016:

"(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. (...)

(4) În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul oferat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv." (subl. ns.)

⁷⁴ Art. 210 alin (2) lit f) din Legea nr. 98/2016:

"Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la: (...) f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat." (subl. ns.)

⁷⁵ În acest sens, rugăm a fi observate Cerințele din Capitolul 14. Conformitatea ofertei financiare, pag. 87 și urm.

B.4 PESA nu demonstrează îndeplinirea cerințelor de experiență similară

[9] Cerințele impuse pentru demonstrarea experienței vizează atât livrarea unor produse similare, cât și prestarea anterioară a serviciilor de mentenanță, intervalul relevant fiind ianuarie 2018 – ianuarie 2023; evaluarea a fost superficială, valorile necesar a fi fost luate în considerare fiind semnificativ mai mici decât cele declarate de către PESA. Astfel:

a. Cu privire la cerința ca ofertantii să fi livrat, în intervalul anterior (01.2018 – 01.2023), minim 20/23/19 produse similare, criticată de către Alstom din perspectiva lipsei de claritate a numărului de rame și caracteristicilor acestora, livrate în intervalul de referință, semnalăm că:

- Livrările anterioare lunii ianuarie 2018 nu pot fi luate în considerare (plasându-se în afara intervalului de referință); cu toate acestea, ARF nu a clarificat ofertantul pentru a se lămurii cu exactitate în ce perioadă au fost livrate ramele incluse în obiectul contractelor încheiate în 2017;
- Nicio clarificare nu explică de ce în contractele încheiate în anul 2017 – 2018 datele de începere sunt stabilite la aproximativ doi ani distanță și, cu atât mai puțin, cum se explică faptul că data de începere indicată pentru contractul DT/II/107/2017_23.08.2017 este 14.09.2019, într-o zi nelucrătoare?
- Nu a fost adresată nicio clarificare privind contractele anterior executate în cadrul unei asocieri; indicăm cazul contractului DT/II/84/2019_14.02.2019 despre care, în DUAE, se menționează că ar fi fost executat integral de către PESA, însă în recomandarea emisă de către Beneficiar, se menționează că a fost, de fapt, executat în asociere; nu numai că informația conținută în DUAE este, în mod evident, falsă/înșelătoare, dar ea este și flagrant contrazisă de către chiar documentul eliberat de către Beneficiar, în conținutul căruia explicit se arată calitatea de membru al unei asocieri (nicidecum executarea integrală a PESA). În acest context, ARF era obligat să verifice situația reală a contractului fără de care experiența similară a PESA nu este, de fapt, demonstrată (numărul celorlalte trenuri livrate, chiar dacă s-ar admite că pot fi luate în considerare toate, nefiind suficient pentru depășirea plafonului de minim 19 la Lotul 3);
- Niciun document depus nu reflectă caracteristicile ramelor livrate; or, cerința de experiență similară prevede explicit "condițiile în care rama solicitată trebuie să asigure o viteză de 160 km/h", caracteristică pe care PESA nu o demonstrează, limitându-se la a o declara în DUAE; de altfel, nici tipurile de rame livrate, nici alte caracteristici ale acestora nu sunt relevate de documentele depuse, PESA limitându-se exclusiv la a proba faptul că ar fi livrat ceva; dacă acele livrabile se referă, de exemplu, la trenuri de marfă și/sau alte tipuri de trenuri, care nu sunt similare celor necesar a fi achiziționate în prezenta procedură, nu pare să fi interesat ARF, care s-a limitat la a lua în considerare documentele lacunare, evaluând superficial modalitatea de îndeplinire a cerinței.

În context, reamintim și faptul că, deși pretinde că seria 654 ar fi deja în exploatare comercială (aspect contrazis/combătut de noi mai sus, oricum), PESA nu indică niciun contract vizând acest tip de tren în categoria celor de experiență similară; surprinzătoare această abordare (în contextul în care seria 654 reprezintă vehiculul platformă/pe care se bazează produsul ofertat), merită semnalată doar datorită faptului că, dacă aceasta ar fi fost, într-adevăr, livrată și pusă în exploatare comercială, cu siguranță ar fi fost și indicată drept experiență similară relevantă de vreme ce reprezintă tocmai platforma pe care afirmă că s-ar baza trenul ofertat. Astfel cum conținutul DUAE reflectă, niciunul dintre contractele indicate nu vizează, însă, acele rame.

- b. **Cu privire la cerința ca ofertantul să demonstreze servicii de mentenanță, minim impuse valoric, prestate anterior**, criticăm oferta PESA din perspectiva includerii în categoria serviciilor similare și a serviciilor de modernizare. Suntem pe deplin convinși că mentenanța și modernizarea reprezintă două activități fundamental diferite⁷⁶, lipsa de atenție a ARF și superficialitatea evaluării fiind, din nou, demonstrate.

De altfel, chiar documentele depuse de către PESA (recomandări cu privire la serviciile prestate) conțin referiri diferențiate la serviciile de mentenanță și modernizare, distincție nejustificată atunci când/dacă ele ar fi reprezentat o singură categorie de servicii. Pe de altă parte, serviciile necesar a fi fost anterior prestate trebuie cuantificate valoric cu precizarea explicită și luarea în considerare doar a celor de mentenanță, în caz contrar cerința neputând fi considerată îndeplinită.

Toate contractele menționate de către PESA conțin și componenta de modernizare; aceasta trebuia clarificată și eliminată, demers pe care ARF a omis să-l parcurgă, nefiind așadar la acest moment verificat/cunoscut de către ARF: (a) ce exact activități presupus similare ar fi prestat, concret, PESA, (b) cum sunt definite ele, (c) cum sunt probate ele și (d) pe ce se bazează natura eventual similară și calculul valoric obligatoriu. Semnalăm și faptul că nu există identitate deplină între entitățile la care se referă recomandările depuse și terțul susținător, ARF nemanifestând niciun fel de curiozitate în a înțelege, de exemplu, de ce recomandarea depusă pentru contractul DT/II/125/2018 din 22.05.2018, presupus a fi fost realizat de către terțul susținător, se referă, de fapt, la o entitate cu numele de Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A.

Cu privire la cerințele privind experiența similară, semnalăm, de altfel, și faptul că, prin documentația de atribuire, Autoritatea contractantă a impus o cantitate de rame și servicii de mentenanță necesar a fi demonstrate pentru fiecare lot, **dar și obligația ofertantului de a demonstra, prin documente justificative, caracterul rezonabil și realist al termenelor asumate pentru proiectare, realizare, testare, omologare și recepție**, cerința aceasta fiind impusă prin Caietul de sarcini care este unul singur, comun, la nivelul tuturor loturilor. Observând modalitatea în care PESA a înțeles să demonstreze cerințele de experiență similară, cerințe a căror finalitate este aceea de a proba capacitatea tehnică a ofertantului de a duce la bun sfârșit fiecare dintre contracte, nu ne putem explica motivul pentru care PESA a prezentat atât în actuala procedură, cât și în procedura anterioară (care viza achiziția a altor 29 de rame), exact aceleași contracte; se desprinde, așadar, concluzia că **numărul maxim de rame posibil a fi probat de PESA ca fiind livrat în cei 5 ani anteriori este de numai 23**. Cu alte cuvinte, ofertantul PESA demonstrează capacitatea sa tehnică de livrare a 91 de rame prin prezentarea unor livrări anterioare de numai 23 de rame în cei 5 ani anteriori, deși Caietul de sarcini impunea obligația de a se demonstra și posibilitatea reală de a respecta termenele de livrare. Ne întrebăm retoric, desigur, de ce ARF nu a clarificat niciodată

⁷⁶ Pentru o corectă înțelegere a fiecăreia dintre cele două activități, redăm în continuare definițiile disponibile, respectiv:

- **Mentenanța** reprezintă un ansamblu de activități tehnico-organizatorice care au ca scop menținerea sau restabilirea unui echipament/sistem (engl. *item*) într-o stare specifică pentru ca acesta să fie în măsură de a asigura un serviciu determinat. Conform normei europene EN 13306:2001, mentenanța este ansamblul tuturor acțiunilor tehnice, administrative și de management, în timpul ciclului de viață al unui echipament/sistem, destinate pentru menținerea sau restabilirea acestuia într-o stare în care să-și poată îndeplini funcția impusă (necesară). Mentenanța trebuie, așadar, înțeleasă drept ansamblul măsurilor luate pentru a pune sau repune materialul [sistemul/echipamentul] într-o stare specificată, până la sfârșitul folosirii sale, incluzând controlul, încercările, întreținerea, modificările, reparația, restaurarea, recondiționarea, reutilizarea, recuperarea și prelevarea unor piese din produse pentru a repara alte echipamente și vehicule deteriorate.
- **Modernizarea**, pe de altă parte, reprezintă o activitate izolată, cu caracter unic (deci nu continuu), constând în a adapta la cerințele, la realitățile prezentului, a face să corespundă stadiului contemporan al progresului.

modalitatea în care ofertantul PESA respectă cerința impusă la cap. 13.2. pct. 8 din Caietul de sarcini atâta vreme cât dovada capacității sale tehnice a fost asigurată prin aceleași contracte apte să releve livrare totală la nivelul unei treimi din cantitatea pe care își asumă a o livra în prezent?

Rezumând criticile împotriva ofertei PESA, rugăm Consiliul să observe că:

- PESA nu deține un vehicul platformă pus în exploatare comercială; deși era obligat să depună, în propunerea tehnică, documentele doveditoare privind vehiculul pus în exploatare anterior și să demonstreze fundamentarea produsului oferat pe acesta, platforma indicată nu poate permite o asemenea probă, aceasta nefiind în exploatare comercială, ci încă în teste!
- PESA nu poate respecta termenele oportunist declarate; vehiculul pe care se bazează produsul oferat nu este autorizat nici măcar la o distanță de 53 de luni. Termenele maxim asumate de 24 de luni nu permit un concept cu totul nou care să implice o reautorizare tip/de punere în funcțiune. Pe de altă parte, față de presupusa platformă de bază indicată de către PESA, va fi necesară oricum obținerea unei autorizări distincte, modificările constructive între cele două trenuri fiind considerabile;
- PESA nu structurează și nici nu fundamentează corect valoarea ofertată; cele două componente (achiziție trenuri și mentenanță) conțin valori improprii și se confundă, deși ofertanții erau obligați să indice, pentru fiecare în parte (deci separat) costurile proprii de fundamentare;
- PESA participă la procedură cu susținerea statului polonez; situația este de natură a distorsiona grav concurența cu atât mai mult cu cât situația nu a fost niciodată declarată/clarificată de către ofertant;
- PESA nu probează îndeplinirea cerințelor de calificare; documentele depuse nu reflectă nici categoria de trenuri livrate, nici numărul, nici datele de livrare însă, mai grav, nu disociază între activitățile PESA și cele ale asociaților din respectivele contracte, conținând inclusiv referiri la operatori economici neimplicați în Procedura de atribuire. Niciunul dintre aceste aspecte nu pare să fi preocupat ARF care a desemnat, totuși, ofertantul PESA câștigător.

C Oferta Asocierii Alstom a fost în mod greșit respinsă din Procedura de atribuire

În timp ce, astfel cum mai sus am demonstrat, PESA a fost desemnată câștigătoare fără ca măcar aspectele flagrant incorecte să fie clarificate, Asocieria Alstom a fost respinsă pentru nerespectarea în integralitate a cerinței presupus determinante/grave/semnificative reglementate de pct. 3.5.1.1. pct. 14 din Caietul de sarcini.

Fără să subestimăm importanța tuturor și oricăroră dintre cerințele care se regăsesc în Caietul de sarcini, dorim totuși să explicăm faptul că cerința evocată vizează modalitatea de amplasare a scaunelor în tren, fiind o cerință de confort pe care ofertanții aveau posibilitatea explicită de a o optimiza/modifica în etapa de proiectare/configurare efectivă.

Mai mult, însă, de la cerințe de acest tip era în mod explicit permisă devierea, Caietul de sarcini

impunând în sarcina ofertantului ca, în ipoteza în care procedează astfel, să demonstreze că soluția propusă este, totuși, acceptată într-un alt proiect; nu numai că soluția pentru care Asocieria Alstom a fost respinsă este acceptată în alte două proiecte, dar acceptarea respectivă îi aparține chiar ARF care, în acele alte cazuri pe care le vom prezenta, nu a găsit de cuviință să o respingă, ci chiar să declare oferta admisibilă și conformă, situațiile fiind identice.

Argumentația noastră în combaterea deciziei de respingere a ofertei Alstom va explica, așadar, gradual atât în ce constă cerința, cât și reglementarea/cadrul care permite adaptarea ei la o configurație proprie, respectiv confirmarea explicită a ARF cu privire la această soluție în alte două proceduri, astfel cum Caietul de sarcini permite.

Formal, oferta a fost respinsă ca neconformă, sub pretextul eronat reținut al încadrării acesteia în prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, mai exact dispozițiile legale referitoare la neconformitatea propunerii tehnice.

C.1 Cerințele documentației de atribuire relevante pentru argumentația privind nelegala respingere a ofertei Asocierii Alstom

Punctual:

- (b) Analiza comparativă a două dintre cerințele referitoare la scaune denotă în ce condiții se putea, eventual, respinge oferta, mai exact faptul că **sanctiunea respingerii ofertei nu a fost statuată pentru îndeplinirea parțială a cerinței 3.5.1.1. pct. 14 din Caietul de sarcini, astfel cum este cazul în speță**; în acest sens, relevante sunt:

- Cerința 3.5.1.1. pct. 14 din Caietul de sarcini (reținută de către ARF ca fiind parțial (ne)respectată):

„Raportul dintre numărul de scaune dispuse în linie (tip avion) și cele montate față în față va fi de cel mult 60 / 40 pe fiecare vagon RE-R”

- Cerința 3.5.1.1. pct. 2 din Caietul de sarcini (singura în raport de care se putea, în situația nerespectării ei, respinge oferta, dar care nu este reținută drept temei al respingerii ofertei Asocierii Alstom de către ARF):

„Disponerea scaunelor fixe va fi în linie sau față în față conform fișei UIC 567. Disponerea scaunelor fixe cu locuri vandabile în alt mod va conduce la declararea ofertei tehnice ca fiind neconformă”

Din analiza comparativă a acestor două cerințe ale documentației de atribuire privind modalitatea de așezare a scaunelor rezultă că: (i) sancțiunea explicită a respingerii ofertei ca neconformă a fost impusă doar pentru nerespectarea fișei UIC 567; (ii) o astfel de sancțiune nu a fost impusă pentru îndeplinirea parțială a cerinței vizând raportul dintre numărul de scaune dispuse în linie și cele montate față de față. Cu alte cuvinte, relevant și obligatoriu a fost ca ofertanții să nu amplaseze scaunele în alte poziții decât cele prevăzute de standard; câte, însă, dintre scaune vor fi amplasate în linie și câte față în față (aceste două modalități de amplasare fiind, ambele, permise) a fost stabilit doar prin cerința 3.5.1.1. pct. 14, fără a se indica sancțiunea respingerii ofertei pentru nerespectarea ei.

Mai mult, însă, ofertanților li s-a și permis ca, în anumite situații, să poată devia de la anumite categorii de cerințe.

(c) **Posibilitatea ofertanților de a devia de la cerința privind procentul de amplasare a scaunelor în fiecare dintre cele două poziții permise rezultă din:**

- Cerința 2.1.31 din Caietul de sarcini care prevede că "[...] unitatea RE-R va fi optimizată integrală în conformitate cu următoarele obiective de proiectare (mai importante în primul rând): asigurarea confortului călătorilor, configurația optimă a spațiului pentru călători precum și a capacității locurilor de șezut"; această cerință indică explicit prioritatea acordată creșterii nivelului de confort al pasagerilor și, totodată, obligația ofertanților de a optimiza modalitatea de utilizare a spațiului disponibil;
- Cerința nr. 4 pct. c) din Anexa nr. 5 Tabelul de conformitate a Caietului de sarcini în care, explicit, se arată că atunci când ofertanții deviază de la cerințele impuse, indică acest lucru și "Autoritatea contractantă va considera cerința îndeplinită numai în cazul în care soluția propusă este deja aplicată în alte proiecte similare și noii parametrii sunt cel puțin la valoarea minimă precizată în prezentul Caiet de sarcini".

Interpretarea coroborată a acestor două reglementări, permite conduita asumată de către Alstom care:

- (a) **A respectat fișa UIC567**, propunând o amplasare a scaunelor în exact modalitățile permise, aspect confirmat de către ARF; aceasta reprezenta singura cerință referitoare la scaune impusă sub sancțiunea respingerii ca neconformă a ofertei;
- (b) **A indicat încă din ofertă varianta de repartizare a scaunelor și explicațiile aferente**; Alstom a propus o repartizare a scaunelor amplasate în cele două poziții permise, repartizarea fiind însă ușor diferită față de cea recomandată, având reprezentarea faptului că aceasta reprezintă o optimizare permisă de Caietul de sarcini, oricum nesemnificativă la nivelul întregului tren, unde se păstrează procentul indicat. Inclusiv clarificarea adresată ofertantului în acest sens a presupus reafirmarea de către acesta a intenției sale de optimizare, convingerea fermă fiind aceea că, aplicând o soluție identică de repartizare precum cea ofertată în proceduri anterioare (organizate de către aceeași Autoritate contractantă), nu poate fi respinsă oferta astfel.

C.2 Evaluarea contestată

[10] Oferta a fost, însă, respinsă; demersurile care au precedat respingerea sunt:

- (a) prin adresa din data de 30.01.2023 din data de 18.04.2023, Autoritatea contractantă a solicitat prezentarea modului de respectare a cerinței Caietului de sarcini referitoare la raportul dintre numărul de scaune dispuse în linie (tip avion) și cele montate față în față.
- (b) prin adresa nr. 128/28.04.2023, Asocierea Alstom răspuns solicitării de clarificări adresate, arătând, în esență, următoarele:
 - toate cerințele documentației de atribuire privind numărul de locuri, poziționarea scaunelor, totalul scaunelor (inclusiv cele fixe, pliabile, cu roți, locuri cu prioritate) sunt pe deplin respectate;
 - cerința privind raportul dintre numărul de scaune dispuse în linie (tip avion) și cele montate față în față este pe deplin respectată la nivel total al numărului de locuri din RE-R.

C.3 **Netemeinicia măsurii de respingere a ofertei Asocierii Alstom. Evaluarea ofertei Alstom cu scopul pur subiectiv al identificării unui pretext de respingere⁷⁷**

[11] Încă de la momentul depunerii ofertei, Alstom a indicat el însuși, într-un mod transparent și pe deplin asumat, faptul ca procentul de repartizare indicat în cerință este într-un totu respectat la nivelul trenului, însă nu și în cazul particular a două dintre vagoane⁷⁸, situație inaptă a conduce la respingerea ofertei sale întrucât:

- Alstom nu a propus o modalitate de amplasare diferită de cea impusă de fișa UIC 567; așadar, față de singura cerință impusă sub sancțiunea respingerii ofertei, nicio neconformitate nu se poate reține, cele două poziții de amplasare (în linie/tip avion sau față în față) fiind pe deplin respectate;
- Alstom a propus o repartizare a locurilor între cele două variante de amplasare în scopul maximizării și optimizării confortului pasagerilor; astfel, situații precum cele care rezultă în cazul PESA, în care călătorii sunt amplasați pe scaune cu fața la un perete despărțitor, s-a dorit a fi evitate, alegându-se varianta optimă de confort pentru aceștia;
- Oricum, era permisă devierea de la această cerință privind repartizarea scaunelor între cele două poziții, ambele permise, după cum Anexa nr. 5 la Caietul de sarcini confirmă; condiția impusă pentru o astfel de abordare (aplicarea în alte proiecte) este verificată și confirmată chiar de către ARF care, în alte două proceduri diferite (dar vizând cerințe sau având obiecte similare) a considerat că oferta Alstom, conținând tot același mod de amplasare a scaunelor (diferit de procentul de 60/40) este conformă⁷⁹;
- Trenul Alstom permite comunicarea facilă, fără trepte/alte obstacole, între vagoane, context în care soluția privind procentul de repartizare chiar poate fi aplicat întregului tren; față de scopul instituirii cerinței (adică acela de a permite călătorilor o opțiune reală între pozițiile în care urmează a călători), faptul că se trece imperceptibil dintr-un vagon în altul lipsește cu totul de relevanță verificarea cerinței la nivelul fiecărui vagon, aspect menționat și prin răspunsul la clarificări;
- Notiunea de vagon și cea de vehicul sunt deseori amestecate⁸⁰ în documentația de atribuire, ceea ce ne duce cu gândul că la baza acestei cerințe a ARF stă mai degrabă o eroare de traducere/adaptare dintr-o documentație elaborată într-o altă limbă, decât o pură cerință de ordin tehnic care, în viața practică, nu are nicio relevanță, atâta timp cât procentajele respective sunt respectate la nivel de vehicul, iar călătorii au acces facil și deschis de la un capăt la altul, fără obstacole. De altfel, în noile proceduri de atribuire lansate de către ARF, această cerință a dispărut complet, ceea ce subliniază inutilitatea impunerii ei în trecut. În plus, în procedurile similare din alte țări, cerințele referitoare la dispunere sunt întotdeauna exprimate la nivel de tren și nu de vagon.

⁷⁷ Recurent, în jurisprudența CJUE se statuează faptul că măsura de respingere a ofertelor poate fi dispusă doar în situația în care o astfel de măsură este explicit statuată prin documentația de atribuire sau prin dispozițiile legale. În acest sens, exemplificativ, redăm mai jos extras din **Hotărârea CJUE din data de 2 mai 2019 pronunțată în cauza C-309/18**:

*„În schimb, aceste principii nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, **sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare.**” (subl. ns.).*

⁷⁸ În acest sens, se pot observa mențiunile care se regăsesc la pag. 917 din propunerea tehnică a Alstom depusă pentru Lotul 1 (și, similar, și în cazul celorlalte loturi).

⁷⁹ În acest sens, rugăm a fi observate extrase din documentele de ofertă depuse de către Alstom în alte două proceduri în care oferta sa a fost declarată de către ARF conformă, unul dintre contracte aflându-se în prezent în derulare – **Anexa nr. 15**.

⁸⁰ A se vedea, cu titlu de exemplu, pct. 10 de la Cerința 3.5.2 – Ușile de acces, pct. 8 de la Cerința 3.5.1 – Alte amenajări interioare etc.

În contextul mai sus descris, decizia de respingere a ofertei Asocierii Alstom apare ca fiind vădit disproporționată și abuzivă, ARF încălcând astfel:

- (a) **Propriile cerințe;** astfel cum argumentația de mai sus prevede, era permisă explicit devierea de la cerința în discuție atât timp cât se putea demonstra faptul că, în alte proiecte, soluția a fost acceptată. ARF este chiar autoritatea care a acceptat anterior soluția identică de repartizare în alte procente, validând-o așadar;
- (b) **Obligația de a clarifica ofertantul într-un mod concludent față de subiectul de interes;** prezumând ca fiindu-i cunoscute propriile opțiuni din documentația de atribuire, ARF putea și trebuia, eventual, să întrebe ofertantul cu privire la soluțiile anterior validate, similare celei propuse, iar nu să adreseze întrebări generice cu scopul formal al simulării unei clarificări anterioare respingerii ofertei;
- (c) **Proportionalitatea măsurii în raport cu presupusa abatere;** atunci când evaluează o ofertă, autoritățile trebuie să fie orientate spre a surmonta neclaritățile, iar nu spre a identifica pretexte de respingere. În cazul actual, nu numai că nu poate fi reținută o abatere, dar situația este nesemnificativă în raport cu complexitatea celorlalte cerințe tehnice impuse, ARF preferând să respingă oferta pe baze pur formale și nejustificate. Măsura respingerii ofertei este, așadar, nelegală și din perspectiva flagrantei încălcări a principiului proporționalității, legalității și eficienței utilizării a fondurilor publice cu atât mai mult cu cât această soluție era deja confirmată în alte proceduri⁸¹.

⁸¹ În acest sens, cu titlu de exemplu, rugăm a fi observate:

- Decizia CNSC nr. 2390/C2/2471/2511 din data de 28.10.2021:

„Conform principiului proporționalității, astfel cum a reținut și Curtea Constituțională în Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 28, orice măsură luată trebuie să fie adecvată - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară - indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională - justul echilibru între interesele concurente pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. În evaluarea ofertei amintite, autoritatea a dat dovadă de un formalism excesiv, încălcând principiul proporționalității, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondată, cât timp nu a fost relevată o alterare semnificativă a ofertei sale. Prin urmare, în contextul înfățișat, argumentele aduse de autoritate nu pot fi confirmate de către Consiliu pentru respingerea ofertei reclamante.” (subl. ns.).

- Decizia CNSC publicată în BO nr. 2970 din 2017:

„Interesul oricărei autorități contractante este de a se edifica asupra situației reale privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificațiilor tehnice prin solicitări de clarificări temeinice și nu de a căuta motive formale de respingere a ofertelor. În consecință, în aprecierea Consiliului, potrivit prevederilor legislative anterior menționate și potrivit principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, autoritățile contractante au obligația ca prin solicitări de clarificări să se asigure asupra îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare sau asupra îndeplinirii/neîndeplinirii specificațiilor tehnice de către operatorii economici participanți la procedură și să accepte toate documentele relevante care pot determina o decizie corectă” (subl. ns.).

- Decizia nr. 2164 din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București:

„Așadar, interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau prevederilor legale aplicabile.” (subl. ns.).

- Decizia nr. 1314 din 22 martie 2012 pronunțată de Curtea de Apel București:

„Trebuie precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (...), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.” (subl. ns.).

- Decizia CNSC nr. 2390/C2/2471/2511 din data de 28.10.2021:

„Conform principiului proporționalității, astfel cum a reținut și Curtea Constituțională în Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014, publicată

În drept, ne întemeiem prezenta contestație pe dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate dispozițiile legale la care am făcut referire în cuprinsul prezentului document.

Probe: Înscrierile la care ne-am referit în prezenta contestație și pe care le atașăm, precum și înscrierile din dosarul achiziției publice.

Cauțiune: În temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, pentru soluționarea contestației, depunem anexat recipisele de consemnare a cauțiunii pentru cele 3 loturi contestate, în cuantum total de 6.000.000 lei, consemnate pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor pentru soluționarea prezentei contestații⁸².

Comunicarea către Autoritatea contractantă: În aplicarea dispozițiilor art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, menționăm că un exemplar al prezentei contestații și al înscrierilor doveditoare a fost comunicat și către Autoritatea contractantă.

Cu deosebită considerație,

Alstom Transport S.A.

av. Oana Gavrilă



av. Cristina Ciolan



În Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 28, orice masura luata trebuie sa fie adecvata - capabila în mod obiectiv sa duca la îndeplinirea scopului, necesara - indispensabila pentru îndeplinirea scopului si proportionala - justul echilibru între interesele concurente pentru a fi corespunzătoare scopului urmarit. În evaluarea ofertei amintite, autoritatea a dat dovada de un formalism excesiv, încălcând principiul proportionalității, care sta la baza atribuirii contractului de achizitie publica, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondata, cat timp nu a fost relevata o alterare semnificativa a ofertei sale. Prin urmare, în contextul înfățișat, argumentele aduse de autoritate nu pot fi confirmate de către Consiliu pentru respingerea ofertei reclamante." (subl. ns.)

- Decizia CNSC nr. 737/C4/644 din data de 12.04.2021:

„Cât privește elementele ofertei asupra cărora s-au cerut si s-au dat clarificări, Consiliul reține dispozițiile art. 134 alin. (1) si (7) din HG nr. 395/2016 și pe cele ale art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform cărora este posibila completarea/clarificarea documentelor în limitele legale, din explicațiile aduse de ofertanta reieșind că clarificările ofertei sunt minore, fără impact semnificativ asupra conținutului ei.” (subl. ns.)

⁸² Anexa nr. 16 – Recipisele de consemnare a cauțiunii (nr. 209674353/1, nr. 209674355/1, nr. 209674354/1 din 09.11.2023).