

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

Fax: 021.310.46.42

E-mail: office@cnscl.ro

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

Fax: +40 374808649

E-mail: simona.jerca@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 „Achiziția de 20 rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR, destinate conectării centrelor urbane din România și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”

Anunț de participare nr. CN1049902/27.11.2022

Data: 25.09.2023

Pagini: 43

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 „Achiziția de 20 rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR, destinate conectării centrelor urbane din România și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri” („Procedura de atribuire”), publicată în SEAP prin Anunțul de participare nr. CN1049902/27.11.2022 de către **Autoritatea pentru Reformă Feroviară („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: simona.jerca@arf.gov.ro, ionut.popirlan@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 Adresei nr. 6653/15.09.2023 privind comunicarea rezultatului Procedurii de atribuire („Comunicarea rezultatului procedurii”)³, a Raportului procedurii nr. 6524/12.09.2023⁴ („Raportul procedurii”), precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spolka Akcyjna („PESA”);**
- (b) **obligarea Autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității Procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii 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 **Anexa nr. 2 – Comunicarea rezultatului procedurii**

⁴ **Anexa nr. 3 – Raportul procedurii și extras din SEAP din care rezultă că Raportul procedurii a fost publicat / adus la cunoștință Asocierii Alstom în data de 14.09.2023.**

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	ARF a eșuat în a prezenta caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta Asocierii Alstom	5
B	Produsul oferat de către PESA nu respectă cerințele obligatorii impuse prin Caietul de Sarcini. Propunerea tehnică este neconformă, impunându-se ca oferta să fie respinsă.....	7
B.1	Cerințe minime ale Caietului de sarcini privind produsul oferat.....	8
B.2	PESA nu a oferat un tren autorizat tip și/sau autorizat pentru punerea pe piață, ci un produs ce va fi dezvoltat cu o configurație și caracteristici distincte față de cele anterior realizate, astfel cum propriile declarații explicit confirmă.....	9
B.3	Oferta PESA nu respectă nici cerința privind evacuarea de urgență în timpul maximal impus.....	17
C	Oferta PESA a fost modificată și completată, în mod nepermis, prin răspunsurile la solicitările de clarificare, situație de natură a favoriza ofertantul și a încălca principiile tratamentului egal și transparenței	18
D	Situația companiei PESA și efectele care decurg din participarea acesteia la Procedura de atribuire; prețul neobișnuit de scăzut al componentei de mentenanță trebuia clarificat, prilej cu care ARF era obligat să verifice și sancționeze situația de distorsionare a concurenței rezultată din faptul că operatorul PESA este susținut de statul de origine prin diverse forme de ajutor	22
D.1	Modalitatea de deținere a PESA și evoluția financiară a companiei, în contextul dificultăților care au făcut necesară susținerea primită din partea statului polonez.....	22
D.2	Consecințe care decurg din omisiunea informării corecte și transparente a ARF privind susținerea de care PESA beneficiază; prețul neobișnuit de scăzut oferat pentru mentenanță reprezintă consecința directă a ajutorului de stat/sprijinului financiar omis a fi fost declarat, în mod transparent, la momentul depunerii ofertei	23
D.3	PESA a oferat un preț conținând componente neobișnuit de scăzute; valoarea oferată de către PESA pentru mentenanță reprezintă aproximativ 50% din valoarea estimată, iar ARF nu a solicitat absolut nicio fundamentare/justificare din partea ofertantului aflat în această situație	30
E	PESA se încadrează în motivele de excludere. Abaterile grave, repetate, în contractele anterior executate nu au fost declarate, situație de natură a atrage incidența sancțiunilor reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.....	35
E.1	Abaterile grave ale PESA în contractele anterioare	35
E.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.....	36
F	Oferta PESA este inadmisibilă; cerința de experiență similară nu poate fi considerată îndeplinită prin contractele depuse.....	40
III	CONCLUZII	42

I CONTEXTUL FORMULĂRII PREZENTEI CONTESTAȚII

Pentru corecta soluționare a prezentei cauze, relevante sunt următoarele aspecte:

(a) Date privind Procedura de atribuire.

La data de 27.11.2022, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. CN1049902 pentru organizarea Procedurii de atribuire. Prin documentația de atribuire, au fost impuse reguli / cerințe / specificații tehnice / criterii obligatorii pentru ofertanții din cadrul Procedurii de atribuire. **Cerințele minime necesar a fi respectate sunt obligatorii.** În acest context, pentru ca ofertele să fie declarate admisibile și conforme, acestea trebuie să îndeplinească toate cerințele prevăzute în mod expres și limitativ prin Fișa de date și Caietul de sarcini.

(b) Actele atacate. Desemnarea câștigătoare a ofertei PESA

Din Actele atacate rezultă că Autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta PESA, oferta Asocierii Alstom fiind clasată pe locul al doilea; concret, ARF a declarat admisibile și conforme cele două oferte, însă, urmare a aplicării factorilor de evaluare:

- oferta PESA a obținut un punctaj total de 98 puncte, din care 28 puncte pentru componentele de calitate / tehnice (reprezentând însumarea celor 14 puncte acordate pentru factorul de evaluare „Plusvaloare” urmare a aplicării modalității de calcul statuate prin cerințele Fișei de date prin raportare la oferta Asocierii Alstom și a punctajului maxim aferent factorului de evaluare „Program de livrare”) și 70 puncte reprezentând punctajul maxim aferent factorului de evaluare „Prețul ofertei”, și
- oferta Asocierii Alstom a obținut un punctaj total de 96,96 puncte, din care 30 de puncte pentru componentele de calitate / tehnice (reprezentând punctajul maxim aferent factorilor de evaluare „Plusvaloare” și „Program de livrare”) și 66,96 puncte pentru factorul de evaluare „Prețul ofertei” rezultat urmare a aplicării modalității de calcul statuate prin cerințele Fișei de date prin raportare la oferta PESA.

Greșit a fost, însă, stabilit clasamentul ofertelor în contextul în care **oferta PESA este inadmisibilă și neconformă**, dat fiind că:

(i) **trenul ofertat nu respectă cerințele minim impuse** prin Caietul de sarcini întrucât, pe de o parte, nu este autorizat ca tip și autorizat pentru punerea pe piață și, pe de altă parte, nu respectă cerințele privind evacuarea călătorilor în caz de urgență;

(ii) **a fost modificat și completat, în mod nepermis, conținutul propunerii tehnice** prin răspunsurile la clarificări;

(iii) **elementul propunerii financiare „Prețul mentenanței” este neobișnuit de scăzut**, iar această situație nu a fost nici măcar clarificată de către ARF pe parcursul evaluării ofertei, fiind cel mai probabil consecința ajutorului de care PESA beneficiază din partea statului polonez;

(iv) **sunt incidente motivele de excludere statuate de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și h)**, abateri grave, nedeclarate în DUAE, existând în contractele anterioare ale PESA; iar

(v) **cerințele de experiență similară nu sunt îndeplinite și nici clarificate**, PESA, prin terțul susținător PESA Mińsk Mazowiecki S.A., prezentând drept referințe contracte ale căror valoare și obiect nu puteau fi, integral, luate în considerare la verificarea îndeplinirii cerinței; astfel cum urmează să demonstrăm, obiectul contractelor prezentate pentru componenta de mentenanță nu corespunde cu cerința de mentenanță impusă prin scopul contractului, respectiv caietul de sarcini.

II TEMEINICIA CONTESTAȚIEI

Se impune anularea Actelor atacate și respingerea ofertei PESA ca neconformă și inacceptabilă dat fiind că:

A ARF a eșuat în a prezenta caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta Asocierii Alstom

Examenul critic al dispozițiilor legale relevante impune o rigoare a motivării care, în prezenta speță, lipsește cu desăvârșire; punctual, în acest sens, arătăm că:

- **Modalitatea de comunicare a rezultatului unei proceduri de achiziții publice nu reprezintă o formalitate**, ci o înștiințare a ofertantului admisibil, dar necâștigător privind informațiile / documentele / aspectele care au concurat la decizia comunicată; tocmai din aceste motive legiuitorul a statuat explicit necesitatea transmiterii caracteristicilor și avantajelor relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta operatorului economic căruia i se comunică rezultatul procedurii⁶.

Informarea legală, completă și corespunzătoare a ofertantului reprezintă o obligație a ARF în justificarea actelor sale atât pentru respectarea principiului transparenței⁷, 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 câștigătoare⁸.

În primul rând, simpla indicare a punctajului total obținut de ofertantul câștigător, respectiv a punctajului obținut de contestator, 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.

⁶ Ne referim, în esență, la art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

„În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...) c) fiecăruia ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribue contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru;” (subl. ns.).

⁷ Art. 2 din Legea nr. 98/2016:

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

⁸ Hotărârea CJUE din data de 24.02.2022 emisă în cauza C-532/20:

„In speța, dreptul roman prevede ca termenul de zece zile începe să 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 în materia atribuirii contractelor de achiziții publice decât dacă termenele prevăzute pentru introducerea acestor cai de atac încep să curgă numai de la data la care reclamantul a luat cunoștința sau ar fi trebuit să ia cunoștința despre pretinsa încălcare a dispozițiilor menționate (...). In acest scop, decizia entității contractante comunicată ofertanților trebuie, conform articolului 26 din Directiva 92/13, să fie însoțită de un rezumat al motivelor pertinente. Acest rezumat al motivelor pertinente, care trebuie să însoțească atât deciziile entităților contractante notificate în mod specific ofertanților, (...), urmărește să asigure ca ofertanții interesați au sau pot avea cunoștința despre o eventuală încălcare a normelor aplicabile procedurilor de atribuire a contractelor. (...) Astfel, în asemenea împrejurări în 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 în care adjudecatarul poate introduce o cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante (...) începe să 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 să aibă cunoștința despre eventuale încălcări ale dreptului Uniunii care viciază o astfel de decizie” (subl. ns.).

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.

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.

- **Comunicarea rezultatului procedurii, act atacat în prezenta cauză, conține informații deficitare privind condițiile de desemnare câștigătoare a ofertei PESA, nefiind redată „caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu” oferta Asocierii Alstom.** Singurele informații cuprinse în cadrul Comunicării rezultatului procedurii vizează exclusiv punctajul obținut de către cele două oferte; nu se poate desprinde, așadar, nicio detaliere a modului concret în care (i) au fost evaluate elementele punctate de către ARF și nici dacă au fost prezentate probe explicite și concludente în susținerea aspectelor declarate către PESA⁹; (ii) a fost acordat în mod efectiv punctajul total ofertei desemnate câștigătoare (punctaj al cărui algoritm de determinare presupunea o analiză complexă a unor factori multipli). Or, simpla redare a valorii punctajului total / a factorilor de evaluare nu poate echivala cu o motivare a deciziei Autorității contractante și este insuficientă pentru a informa complet și corespunzător ofertantul despre raționamentul pentru care respectivele punctaje au fost acordate¹⁰.

⁹ Art. 189 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.
(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită **verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.**” (subl. ns.).

¹⁰ Decizia CNSC publicată în BO 2023_1137:

„Simpla indicare a punctajului maxim obținut de ofertantul câștigător respectiv a punctajului obținut de contestator 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. (...) Se constată că raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii sunt nemotivate și încalcă dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016 și art. 66 din H.G. nr. 395/2016, fiind temeinice susținerile contestatoarei vizavi de lipsa transparenței privind algoritmul de calcul. Din analiza conținutului înscrisurilor mai sus redată, Consiliul constată că niciunde nu se regăsește detaliat algoritmul acordării punctajelor obținute de cei doi ofertanți pentru factorul de evaluare nr. 2 (...). Relativ la informațiile din comunicarea privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei, Consiliul stabilește că ele nu sunt suficiente pentru a determina în concret motivele care au stat la baza obținerii respectivelor punctaje atât pentru contestatoare, cât și pentru oferta declarată câștigătoare. Indicarea doar a punctajelor totale, pentru cei doi factori de evaluare, obținute de cei doi participanți la procedură nu echivalează cu o informare concretă și explicită, contestatoarea fiind pusă în situația de a nu putea să își construiască o motivare judicioasă și corespunzătoare în favoarea ofertei depuse. În același timp a fost afectat și principiul transparenței procedurii de atribuire, informațiile esențiale pentru analiza corectitudinii evaluării ofertei depuse nefiind aduse la cunoștința sa. Autoritatea contractantă nu a indicat (potrivit algoritmului acordării punctajelor astfel cum a fost adus la cunoștința

- Deși din cuprinsul Raportului procedurii se poate desprinde că, din perspectiva elementelor tehnice, oferta PESA nu a obținut punctajul maxim (urmare a aplicării mecanismului statuat prin cerințele Fișei de date pentru factorul de evaluare „Plusvaloare”), **motivele concrete pentru care oferta PESA a fost desemnată câștigătoare nu se relevă din conținutul Comunicării rezultatului procedurii.** În esență, nu se poate observa din conținutul Comunicării rezultatului, nici dacă ARF a procedat la o evaluare completă, corectă și corespunzătoare a informațiilor prezentate de către ofertant pentru factorul de evaluare „Prețul ofertei” în raport de care a fost acordat punctajul maxim, nici dacă au fost depuse / care sunt probele care demonstrează că PESA nu a indicat în mod formal prețul total oferat, nici valorile componentelor prețului oferat (respectiv prețul de achiziție RE-IR oferat și prețul de mentenanță); practic, deși desemnarea câștigătoare a PESA s-a fundamentat exclusiv pe prețul oferat (Asocierea Alstom obținând un punctaj al factorilor de evaluare tehnici superior), nicio circumstanțiere / justificare a acestor aspecte care, în realitate, au departajat cele două oferte nu se relevă din informațiile aduse la cunoștința Asocierii Alstom.
- **Comunicarea rezultatului procedurii nu cuprinde caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta Asocierii Alstom, nicio astfel de comparație nu a fost nici măcar formal redată în Actele atacate.**
- Nici studiul dosarului achiziției publice, nici alte demersuri deductive ale ofertantului nu substituie obligația Autorității contractante înseși de a fi motivat, corespunzător și complet, Comunicarea rezultatului procedurii. Prin urmare, simplul fapt că Autoritatea contractantă a înțeles să comunice rezultatul procedurii de atribuire fără o motivare corespunzătoare, denotă nelegalitatea actelor emise.

Întrucât Alstom a fost privată de a face o analiză a caracteristicilor și avantajelor relative ale ofertei desemnate câștigătoare și, implicit, de o motivare în consecință, se impune (i) anularea Actelor atacate și (ii) transmiterea către Asociera Alstom a unei noi comunicări privind rezultatul procedurii, cu respectarea prevederilor legale aplicabile materiei achizițiilor publice, urmând a releva în continuare și erori comise cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerințelor obligatorii¹¹.

B Produsul oferat de către PESA nu respectă cerințele obligatorii impuse prin Caietul de Sarcini. Propunerea tehnică este neconformă, impunându-se ca oferta să fie respinsă

Oferta PESA este neconformă întrucât: (a) **trenul oferat nu este autorizat ca tip și autorizat pentru punerea pe piață**, documentele obligatorii în acest sens nefiind depuse, (b) nu sunt respectate cerințele privind **evacuarea călătorilor în caz de urgență**, iar (c) **termenele de livrare au fost oportunist și artificial declarate** ca având valori reduse; dat fiind că trenul nu a fost autorizat ca tip și nici autorizat pentru punerea pe piață, nici termenele de livrare nu pot fi

operatorilor economici) informațiile din propunerile tehnice analizate, modul de calcul al punctajului aferent și justificarea pentru care s-a acordat acest punctaj, încălcându-se principiul transparenței. Așadar, prin necomunicarea celor mai sus amintite se constată că achizițarea a nesocotit dispozițiile cuprinse în H.G. nr. 395/2016 și Legea nr. 98/2016 vizavi de comunicarea rezultatului procedurii.” (subl. ns.)

¹¹ 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 prin raportare la oferta admisibilă, dar necâștigătoare, în cadrul Comunicării rezultatului procedurii.

respectate, procedurile specifice presupunând un interval superior celui de 24 de luni declarat pentru livrarea primei unități. Fiecare dintre aceste situații vor fi expuse și fundamentate detaliat în continuare.

B.1 Cerințe minime ale Caietului de sarcini privind produsul oferat

Prin documentația de atribuire, ARF a impus:

- prin **Cerința 1.2** [Domeniul de aplicare] din Caietul de sarcini, obligatia ofertantilor de a prezenta dovezi care să confirme că trenul oferat este **autorizat ca tip și autorizat pentru punerea pe piață**, mai exact:

„1. Furnizorul va oferi trenuri de călători autopropulsate care să îndeplinească cerințele specificate în prezentul caiet de sarcini, care sunt autorizate, ca tip, pentru punerea în funcțiune în Uniunea Europeană și autorizate, ca tip, pentru punerea pe piață în, cel puțin, un stat membru al Uniunii Europene.

2. Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi conform cărora RE-IR ofertata este autorizat ca tip și autorizat pentru punerea pe piață în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului, conform Punctului 1.5 din prezentul Caiet de Sarcini.

3. RE-IR vor fi utilizate pentru serviciul comercial, pe liniile electrificate de pe rețeaua feroviara românească, alimentate de la linia de contact de 25 kV, 50 Hz și vor circula pe calea ferată cu ecartament normal de 1435 mm, pragul admis pentru viteza maximă este cuprins între 160 km/h și 200 km/h. Furnizorul va preciza în cadrul ofertei tehnice viteza maximă a RE-IR ofertată. În cazul în care produsul nu se încadrează în limita inferioară a cerințelor prezentului caiet de sarcini, oferta va fi declarată neconformă. (...)

4. RE-IR vor respecta în totalitate STI LOC Et PAS, STI NOI, STI PRM, STI CR CCS, STI CR INF, STI ENE, STI CR OPE și STI SRT ce se aplică acestui tip de material rulant.” (subl. ns.)

- prin **Cerința 1.5** din Caietul de sarcini, s-a confirmat explicit faptul că avizele necesare pentru recepția RE-IR sunt cele emise în baza Regulamentului UE nr. 2018/545¹² și s-a întărit obligația ofertantului de a depune în propunerea tehnică autorizația de tip și autorizația de introducere pe piață emise pentru trenul oferat:

„1. Începând cu data de 16 iunie 2019, autorizația de tip și/sau autorizația de introducere pe piață a vehiculelor se eliberează în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului, și prin urmare cu Ordinul MT (OMT) nr.290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, Ordinul MTI (OMTI) nr. 2180/2012 privind aprobarea tarifelor pentru prestațiile de activități specifice efectuate de Autoritatea Feroviară Română - AFER și Ordinul MTI (OMTI) nr.1322/ 2013 pentru modificarea și completarea anexei la OMTI nr.2180/2012 privind

¹² Regulamentului de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului („Regulamentul UE nr. 2018/545”).

aprobarea tarifelor pentru prestațiile de activități specifice efectuate de Autoritatea Feroviară Română - AFER.

2. **Autorizația de tip și autorizația de introducere pe piață a vehiculului se vor prezenta în cadrul ofertei tehnice.**" (subl. ns.)

- Definițiile „Autorizația de tip a vehiculului”¹³ și „Autorizație de introducere pe piață a vehiculului”¹⁴ se regăsesc doar în terminologia feroviară conform „REGULAMENTUL DE PUNERE ÎN APLICARE (UE) 2018/545 AL COMISIEI de instituire a modalităților practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare și de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului”.
- Sanctiunea explicită a nerespectării cerințelor privind propunerea tehnică este respingerea ca neconformă a ofertei; în acest sens, Cerința 13.2 din Caietul de sarcini:

„În cazul în care oferta tehnică depusă nu îndeplinește cerințele tehnice din prezentul caiet de sarcini oferta va fi declarată neconformă. Se vor respecta toate prevederile STI, standardelor naționale și europene, având în vedere precizările caietului de sarcini și ale ofertei tehnice.” (subl. ns.).

Din conținutul cerințelor Caietului de sarcini reies următoarele concluzii care vor fi relevante în argumentația subsecventă:

- (a) **la momentul depunerii ofertei, trenul ofertat trebuia să fie autorizat tip și autorizat pentru introducere pe piață în cel puțin un stat membru al Uniunii Europene; cele două tipuri de autorizări sunt impuse în mod cumulativ;**
- (b) **cele două autorizări distincte trebuie prezentate în documentația de ofertă; pentru a se demonstra conformitatea ofertei, în propunerea tehnică trebuia să se regăsească autorizațiile tip și autorizația de punere în funcțiune, ambele emise conform prevederilor Regulamentului UE nr. 2018/545;**
- (c) **sanctiunea explicită pentru nerespectarea cerințelor Caietului de sarcini este respingerea ofertei ca neconformă.**

B.2 PESA nu a ofertat un tren autorizat tip și/sau autorizat pentru punerea pe piață, ci un produs ce va fi dezvoltat cu o configurație și caracteristici distincte față de cele anterior realizate, astfel cum propriile declarații explicit confirmă

În acest sens, arătăm că:

¹³ Extras din REGULAMENTUL DE PUNERE ÎN APLICARE (UE) 2018/545, PAG 5/60 „**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;

¹⁴ Extras din REGULAMENTUL DE PUNERE ÎN APLICARE (UE) 2018/545, PAG 5/60 „**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.

- 1 **PESA a oferat un tren diferit față de cele anterior livrate**, a cărui proiectare și execuție vor fi (fost) demarate la o dată ulterioară depunerii ofertei, mai exact a oferat:
- „o ramă electrică pentru transportul călătorilor **pe baza modelului 654/655**, model care se află în exploatare în Europa (Cehia)”¹⁵. Așadar, însăși indicația PESA privind produsul oferat permite un echivoc exploatat mai târziu, sub pretextul îndeplinirii cerințelor Caietului de sarcini;
- o ramă electrică compusă din 3 vagoane construite pe boghiuri separate, capabilă să atingă viteze de până la 160 km/h, **cu 191 de locuri în clasa I și a II-a, care va fi alimentată din rețeaua de tracțiune AC 25kV**, astfel cum rezultă din informațiile furnizate de reprezentanții companiei poloneze¹⁶, din care cităm:

„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.

Conform investigațiilor demarate pe baza informațiilor 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)¹⁷;
- 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)¹⁸;
- 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, în cel mai bun caz se presupune că există o **autorizație temporară pentru testarea trenului**;
- Suplimentar, trenul 654 care se află în perioada de testare pe rețea, este cel cu 2 vagoane. Totodată, există informații din Martie 2023¹⁹, 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.

¹⁵ A se vedea în acest sens pag. 6/7 Procesul verbal privind evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 5264/20.07.2023.

¹⁶ Rugăm a se vedea în acest sens <https://pesa.pl/pesa-dla-kolei-rumunskich/>

¹⁷ Rugăm a se vedea în acest sens <https://www.railwaygazette.com/traction-and-rolling-stock/regiojet-orders-elfev-multiple-units/48171.article> & https://mostecky.denik.cz/zpravy_region/ustecky-kraj-regiojet-vlaky-polsko-20210922.html

¹⁸ 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/>

¹⁹ 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.”

- 2 Trenul oferat de către PESA nu este autorizat ca tip și/sau autorizat pentru punerea pe piață pentru simplu fapt că el, anterior, nu a mai fost realizat, autorizat, livrat și pus în exploatare în niciun stat membru al Uniunii Europene; trenul oferat este, în realitate, un produs care nu există, la acest moment, în portofoliul PESA

În primul rând, ARF reține în cadrul proceselor verbale informații neclare și superficial vehiculate privind trenul oferat de către PESA, în contextul în care 654 (cu 2 vagoane) și 655 (cu 3 vagoane) sunt, în realitate, două trenuri distincte; dovadă în acest sens sunt chiar declarațiile reprezentanților PESA, care indică explicit ofertarea ramei 655 (iar nu a ramei 654/655), precum și denumirile răspunsurilor la clarificări care menționează 655. Deducem, așadar, faptul că **Autoritatea contractantă a considerat conformă oferta PESA pe baza unor informații neclare și contradictorii**, întrucât deși în mod cert trebuia oferată o singură tipologie de tren (în cazul concret, fie 654, fie 655), aspectele reținute de către comisia de evaluare reflectă neclar un "mixt" între cele două tipuri de trenuri (654/655), produsul nefiind așadar cu claritate identificat.

Identificarea produsului oferat este esențială nu numai ca premisă a unei evaluări corecte, ci în special în contextul în care cele două trenuri (654 și 655) prezintă o configurație distinctă, în raport de care trebuie verificate atât cerințele de autorizare ca tip/punere în funcțiune, cât și caracteristicile efective; astfel, spre exemplificare, arătăm că: 654 are doar 2 vagoane și 2 uși, iar 655 ar avea 3 vagoane și 3 uși²⁰, fiind un tren fundamental diferit din punct de vedere constructiv/proiectare, autorizare/caracteristici.

Este, așadar, greșit să se rețină că ar exista identitate între cele două produse indicate de către ofertant ca reprezentând „modelul” pe baza căruia produsul oferat ar urma să fie construit, după cum este fundamental greșită și omisiunea ARF de a se fi edificat în privința tipului propus, cu atât mai mult cu cât cerințele obligatorii impuneau depunerea autorizațiilor de tip/de punere în funcțiune pentru chiar produsul oferat; ne întrebăm, retoric, ce tip de autorizări a verificat Autoritatea contractantă căreia i se aduce la cunoștință ofertarea trenului 654/655? Pe cea pentru trenul 654 sau pe cea pentru trenul 655?

În realitate, Autoritatea contractantă trebuia să clarifice (i) care dintre cele două trenuri este, de fapt, cel oferat (654 și 655 fiind două trenuri diferite); (ii) care dintre cele două trenuri s-ar afla în exploatare (presupune a avea **autorizație de introducere pe piață**) în Cehia, astfel cum s-a consemnat în Raportul procedurii, doar astfel putând analiza, în mod concret, dacă eventualele autorizări ale trenului pretins a fi fost anterior autorizat și aflat în exploatare pot fi sau nu luate în considerare la îndeplinirea cerințelor din actuala procedură de atribuire, unde s-a oferat un tren diferit. ARF nu a procedat, însă, astfel, reținând conformitatea ofertei PESA prin raportare la informații contradictorii, neclare și neconcludente, cu vădita ignorare a cerințelor documentației de atribuire care impun explicit ca trenul oferat să fie autorizat (deci, implicit, și să existe), la data depunerii ofertelor (27.02.2023).

²⁰ **Anexa 4 – Comparația grafică dintre trenul 654 și trenul 655, publicată pe site-ul PESA.**

În al doilea rând, pentru niciunul dintre cele două trenuri distincte vehiculate în ofertare/evaluare (654 sau 655) PESA nu deține și, în consecință, nu ar fi putut depune o autorizație de tip și/sau o autorizație de punere în funcțiune apte să asigure îndeplinirea cerințelor Caietului de sarcini; în scopul demonstrării acestei afirmații, arătăm că:

- (a) autorizația de tip a trenului și autorizația de punere pe piață sunt tipologii de documente distincte și redau, implicit, informații diferite, ambele fiind obligatoriu cerute în actuala Procedură de atribuire. Concret, din Regulamentul UE nr. 2018/545 (indicat de către ARF în cadrul documentației de atribuire) rezultă că există două tipologii de autorizații distincte, respectiv „autorizația de tip a vehiculului”²³ și „autorizație de introducere pe piață a vehiculului”²⁴, astfel cum și ARF a solicitat prin documentația de atribuire; 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 informații²⁵.

Pe de altă parte, Regulamentul UE nr. 2018/545 statuează explicit că, pe baza informațiilor furnizate prin cererea de autorizare de tip a trenului, se efectuează înregistrări în ERATV²⁴. 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.

- (b) 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”²⁵; (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

²³ 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;”

²⁴ 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;”

²⁵ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Ne referim la articolul 24 din Directiva (UE) 2016/797 a Parlamentului European și a Consiliului („Directiva 2016/797”).

producătorului; (3) datele autorizațiilor privind zona de utilizare pentru un tip de vehicul, inclusiv orice restricție sau retragere²⁶.

- Decizia de punere în aplicare a comisiei din 4 octombrie 2011 privind registrul european al tipurilor autorizate de vehicule feroviare²⁷ 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 acordate²⁸.

Simpla verificare a ERATV denotă faptul că nu este furnizată nicio informație privind trenurile oferite de către PESA (respectiv nici 654, nici 655)²⁹; 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, niciunul dintre trenurile posibil a fi fost oferite de către PESA nu deține autorizație tip.

Inexistența informațiilor trenurilor oferite (654 și/sau 655) în ERATV denotă, de asemenea, și faptul că acestea nu dețin nici autorizația de punere pe piață în contextul în care cele două documente (indiscutabil distincte) pot fi emise simultan³⁰.

Cele două autorizații trebuiau depuse în ofertă, deci era obligatoriu să fie emise anterior datei de 27.02.2023. 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.

²⁶ 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. Respectivul acte de punere în aplicare se adoptă în conformitate 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.”

²⁷ 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.

²⁸ **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”

²⁹ A se vedea în acest sens <https://eratv.era.europa.eu/Eratv/Search>

³⁰ **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.”

- 3 Chiar dacă, ipotetic și exclusiv în scopul detalierii argumentației, PESA ar susține că ar deține și ar fi depus anumite autorizări pentru trenul 654 (deși inexistența înregistrărilor din ERATV denotă, indubitabil, contrariul), **oferta este tot neconformă, întrucât nu acest tren a fost oferat, iar dovezile eventual depuse pentru un tren diferit nu asigură îndeplinirea cerinței pentru cel oferat.**

Rama 654 este un tren regional cu două vagoane³¹, iar cerințele documentației de atribuire statuează explicit că obiectul Procedurii de atribuire vizează „achiziționarea a 20 de trenuri electrice interregionale”³² (subl. ns.) care implică o structură și caracteristici diferite de trenurile regionale. Deci PESA nu putea oferta trenul 654.

În esență, fiecare dintre cele două tipologii de trenuri este construită în considerarea scopului său, respectiv trenurile regionale vor fi folosite pe trasee cu opriri dese, ceea ce implică utilizarea unor viteze mai reduse și sisteme de frânare distincte de trenurile interregionale, care vor fi folosite pe trasee lungi, cu viteze mari. Se ajunge, așadar, la concluzia că un tren regional nu asigură configurația tehnică, specificațiile și necesitățile pentru care ARF a inițiat Procedura de atribuire, nefiind în consecință respectate cerințele documentației de atribuire.

Prin urmare, chiar și în situația (puțin probabilă) în care PESA ar fi depus anumite documente emise în legătură cu preținse autorizări ale trenului 654, **oferta este neconformă, trenul oferat fiind diferit de cel la care eventuale astfel de autorizări s-ar putea referi; astfel cum urmează să explicăm în continuare, modificările aduse trenului (eventual) autorizat (care este regional, într-o configurație de doar două vagoane – trenul 654) pentru a se obține trenul oferat (care este interregional, cu o configurație de trei vagoane – trenul 655) presupun emiterea unor noi autorizații, distincte, care să includă noile caracteristici tehnice, nefiind permisă utilizarea autorizărilor pentru un tren diferit în scopul îndeplinirii cerinței privind trenul oferat.**

- 4 **Autorizația de tip și/sau cea de punere pe piață nu au fost obținute pentru trenul 655 (cu 3 vagoane), oferat** (deși Autoritatea contractantă nu a înțeles să clarifice neconcordanțele din propunerea tehnică); în acest sens, arătăm că:
- Rama 654 este un tren regional, cu două vagoane și având mult mai puțin de 191 de locuri (numărul de locuri oferat de către PESA în prezenta Procedură de atribuire); pe de altă parte, reprezentanții PESA au declarat explicit faptul că a fost oferat un tren cu trei vagoane, denumit 655. În acest sens, și mențiunile proceselor-verbale de evaluare reflectă tot informația ambiguă “654/655”;
 - abia în data de 10 martie 2023, conform informațiilor publice disponibile, PESA pare că ar fi început activitățile premergătoare / prelabile pentru proiectarea și execuția trenului 655³³; prin urmare, conceptul trenului 655 este relativ recent și, implicit, PESA nu ar fi putut finaliza demersurile necesare pentru emiterea autorizațiilor tip și/sau de punere pe piață la momentul depunerii ofertei (27.02.2023), așadar nu ar fi putut deține la data de 27.02.2023 autorizări pentru un tren inexistent, pe care abia în luna următoare declară că ar fi început să îl previzioneze.

³¹ A se vedea articolele: <https://www.railwaygazette.com/traction-and-rolling-stock/regiojet-orders-elfeu-multiple-units/48171.article> și https://mostecky.denik.cz/zpravy_region/ustecky-kraj-regiojet-vlaky-polsko-20210922.html

³² A se vedea în acest sens pct. 1.1.1. din Caietul de sarcini.

³³ A se vedea în acest sens <https://www.railvolution.net/news/a-visit-to-pesa>

Se constată, aşadar, diferenţe semnificative între cele două trenuri indicate de către PESA cel puţin în raport de tipologia efectivă a trenului (654 fiind regional, iar cerinţele documentaţiei de atribuire impuneau ofertarea unor trenuri interregionale), cât şi în raport de structura trenului (654 fiind configurat pentru 2 vagoane faţă de care există, de asemenea, imposibilitatea de a fi incluse numărul de locuri indicat de către PESA, pe când 655 ar avea 3 vagoane).

Dovadă în sensul că PESA nu deţine autorizaţiile necesare pentru trenul 655 este inclusiv menţiunea incertă din cadrul propunerii tehnice ("654 / 655") ceea ce denotă, cel mult (dar foarte probabil), că PESA s-a folosit, eventual, de documentele emise pentru un alt tip de produs (654) decât cel efectiv oferit (conduită nepermisă, sancţionată cu respingerea explicită a ofertei ca neconforme); trenul oferit trebuie să fie acelaşi precum cel pentru care au fost emise autorizaţiile, Caietul de sarcini impunând în mod lipsit de dubiu această cerinţă, obligatorie, pentru participanţi.

- Eventuala deţinere şi depunere de către PESA a autorizaţiilor de tip şi de punere pe piaţă pentru trenul 654, deşi s-a oferit trenul 655, trebuia aşadar să conducă la respingerea ofertei ca neconformă dat fiind că:
- (a) **cerinţele clare ale documentaţiei de atribuire statuează explicit obligaţia ofertanţilor de a depune autorizaţia de tip şi autorizaţia pentru punerea pe piaţă ale trenului oferit³⁴**; nicio excepţie de la această regulă nu a fost statuată prin cerinţele documentaţiei de atribuire şi, în consecinţă, pentru a depune o ofertă conformă, trebuiau prezentate cele două tipologii de autorizaţii pentru trenul oferit (iar nu pentru un alt tren, care prezintă oricum caracteristici şi specificaţii diferite); prin urmare, autorizaţia de tip şi autorizaţia pentru punerea pe piaţă depuse în ofertă trebuiau să indice trenul 655, cu configuraţia de trei vagoane şi caracteristicile tehnice impuse prin Caietul de sarcini;
- (b) **fiind lipsit de orice dubiu faptul că trenul 655 (oferit) este diferit de trenul 654 (menţionat ca aflându-se în operare, de fapt în testare, în Cehia, eventual cu autorizaţie temporară), era necesară prezentarea autorizaţiilor pentru trenul 655; pentru ca trenul 654 (eventual autorizat) să "devină" trenul 655 sunt necesare modificări semnificative ale valorilor parametrilor trenului în conformitate cu normele STI şi, în concluzie, o nouă autorizare distinctă, cele două trenuri neputând fi considerate ambele autorizate în temeiul aceluiaşi document anterior (eventual) emis pentru trenul 654 (deşi în ERATV nu există nicio astfel de înregistrare); concret:**
 - dispoziţiile Regulamentului 2018/545 (indicat chiar de către ARF prin documentaţia de atribuire) statuează explicit necesitatea emiterii unor noi autorizaţii (de tip şi/sau de punere pe piaţă) dacă sunt îndeplinite criteriile prevăzute la articolul 21 alineatul (12) din Directiva 2016/797³⁵;

³⁴ Cerinţa 1.5 din Caietul de sarcini:

*"1. Furnizorul va oferi trenuri de călători autopropulsate care să îndeplinească cerinţele specificate în prezentul caiet de sarcini, care sunt autorizate, ca tip, pentru punerea în funcţiune în Uniunea Europeană şi autorizate, ca tip, pentru punerea pe piaţă în, cel puţin, un stat membru al Uniunii Europene. 2. **Ofertantul va prezenta în oferta tehnică dovezi conform cărora RE-IR oferită este autorizat ca tip şi autorizat pentru punerea pe piaţă** în conformitate cu Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2018/545 al Comisiei din 4 aprilie 2018 de instituire a modalităţilor practice pentru procesul de autorizare a vehiculelor feroviare şi de autorizare de tip a vehiculelor feroviare în temeiul Directivei (UE) 2016/797 a Parlamentului European şi a Consiliului, conform Punctului 1.5 din prezentul Caiet de Sarcini. " (subl. ns.).*

³⁵ Relevante în acest sens sunt următoarele prevederi ale Regulamentului 2018/545:

- 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)³⁶ care se situează în afara gamei parametrilor acceptabili, conform definiției din STI”;
- parametri 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. 1302/2014³⁷ și vizează:
 - i. condiții de sarcină și masa cântărită, respectiv o modificare a masei totale 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;

Indiferent de autorizațiile (eventual) anterior obținute de către PESA pentru trenul 654, este cert faptul că trebuia să depună în cadrul ofertei autorizația de tip și autorizația pentru punerea pe piață emise pentru trenul efectiv oferat (655). Normele relevante impun emiterea unei autorizări distincte atunci când, între două trenuri, există diferențe semnificative (de tipul celor care, între 654 și 655, se confirmă), nefiind permisă utilizarea autorizărilor (eventual) existente pentru trenul 654 în scopul demonstrării cerinței de autorizare a trenului 655.

Este, așadar, irelevantă (eventuala) depunere a presupuselor documente de autorizare a trenului 654 (care, oricum, nu pot fi decât temporare, nicidecum cele cerute prin Caietul de sarcini), întrucât pentru trenul 655 este necesară parcurgerea etapelor de autorizare în mod distinct, parametri de baza STI fiind semnificativ modificați între cele două trenuri.

Oferta PESA, care indică trenul 655, pentru care s-au depus (în cel mai optimist scenariu de argumentare) autorizările trenului 654 (tren diferit, la rândul său neautorizat pentru punerea pe piață) este, așadar, neconformă, ARF evaluând în mod superficial îndeplinirea cerințelor privind trenul oferat, cu ignorarea unei cauze flagrante de neconformitate.

- 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).”

³⁶ 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;”

³⁷ 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”).

B.3 Oferta PESA nu respectă nici cerința privind evacuarea de urgență în timpul maximal impus

În acest sens, arătăm că:

- (a) prin Clarificarea din oficiu nr. 384/18.01.2023, ARF a modificat cerința 3.5.2 pct. 10 din Caietul de sarcini în sensul că a impus (i) amplasarea a minim 1 ușă pe fiecare parte a vehiculului pentru accesul călătorilor; (ii) necesitatea ca ușile să fie amplasate astfel încât să permită evacuarea completă a călătorilor, fără bagaje, într-un interval de trei minute, potrivit cerințelor pentru evacuarea călătorilor în caz de urgență prevăzute la pct. 4.2.10.5.1. din Regulamentul UE nr. 1302/2014;
- (b) Pe de altă parte, Regulamentul UE nr. 1302/2014 (necesar a fi fost respectat de către ofertanți la momentul depunerii ofertei) impune un număr minim de trei ieșiri de urgență pentru fiecare tren care transportă mai mult de 40 de călători³⁸; așadar, legiuitorul european a considerat că, pentru un număr de 41 de călători, trenul trebuie dotat cu cel puțin 3 uși, ceea ce înseamnă că fiecare călător trebuie să aibă un timp de 13,23 secunde pentru a putea ieși, fără bagaje;
- (c) PESA a oferat un tren cu 3 vagoane având 3 uși pe fiecare parte (ceea ce reprezintă un număr total de 6 ieșiri de urgență) și un număr de 191 de locuri; pe de altă parte, documentația de atribuire statuează necesitatea ca trenul să permită un număr minim de 160 de persoane care să călătorească în picioare³⁹.

Rezultă, așadar, că în trenul oferat de către PESA ar putea călători un număr maxim de 351 de persoane care ar trebui evacuate într-un termen de 3 minute, prin cele 6 ieșiri de urgență; prin urmare, fiecare călător are un timp de doar 3,07 secunde pentru evacuare; pe de altă parte, simpla împărțire a 351 de persoane la cele 6 ieșiri de urgență conduce la un număr de 58 de persoane alocate pe o singură ieșire, semnificativ mai mare decât numărul impus prin Regulament pentru 3 uși.

Configurația trenului oferat de către PESA nu permite, așadar, evacuarea completă a călătorilor, fără bagaje, într-un interval de trei minute în condițiile impuse de Regulamentul UE nr. 1302/2014, acesta reprezentând un motiv distinct de neconformitate, ignorat de către ARF la momentul evaluării ofertei. Alături de criticile privind necesitatea obținerii autorizațiilor obligatorii, critica de mai sus conduce la concluzia unei evaluări superficiale în care, cel mai probabil, inclusiv termenele de livrare au fost oportunist declarate. Un tren pentru care nu există, la momentul ofertării, nicio autorizație de tip, nu poate fi proiectat, construit, testat, autorizat și pus în funcțiune în intervalul de 24 de luni declarat de către PESA (pentru acordarea punctajului).

³⁸ Pct. 4.2.10.5.1. din Regulamentul UE nr. 1302/2014:

„(10) Fiecare vehicul proiectat să transporte mai mult de 40 de călători trebuie să aibă cel puțin trei ieșiri de urgență.”

³⁹ A se vedea în acest sens pct. 2.1. (19) din Caietul de sarcini (pag. 27/111).

- C Oferta PESA a fost modificată și completată, în mod nepermis, prin răspunsurile la solicitările de clarificare, situație de natură a favoriza ofertantul și a încălca principiile tratamentului egal și transparenței

Punctual:

- 1 **PESA a modificat propunerea tehnică**; prin răspunsurile la clarificări, PESA a modificat valoarea indicelui de confort NMV, deși acesta trebuia să respecte încă de la momentul depunerii ofertei standardul SR EN 12299; prin răspunsurile la clarificări, PESA a indicat un indice de confort mai mic decât 2 (astfel cum prevede cerința 1.2.1.5. [Calitatea de funcționare] din Caietul de sarcini), deși inițial ofertase un indice NMV mai mic decât 3, situație care trebuia să conducă la respingerea ofertei ca inacceptabilă urmare a acestei modificări⁴⁰.

De altfel, declarația inițială nu este surprinzătoare; un indice de confort aproape de valoarea 3 este tipic unui tren de confort mediu, de tip regional, în timp ce un indice apropiat de 2 (confort sporit) este tipic unui tren de tip interregional, de tipul celor cerute prin documentația de atribuire. Întrucât, ținând cont de declarațiile PESA, pe larg citate anterior, trenul ofertat are la bază modelul 655, un tren eminent de tip regional, nu numai că PESA a modificat propunerea tehnică ci, în mod indubitabil, a schimbat în mod oportunist și doar declarativ valoarea indicelui NMV cu o valoare pe care nu o va putea atinge în practică păstrând același tip de tren de la care afirmă că pleacă în dezvoltarea RE-IR propusă în prezenta procedură.

Mai mult decât atât, un indice de confort NMV (Noise, Vibration, and Harshness = Zgomot, Vibrații și Duritate) sub valoarea 2 ar fi spectaculos să fie obținut cu un tren nearticulat (adică cu „vagoane construite pe boghiuri separate” după cum afirmă chiar PESA), în condițiile în care, acest tip clasic constructiv permite mișcarea vagoanelor între ele, favorizând producerea unui zgomot sporit și a unor vibrații suplimentare prin comparație cu un tren articulat, de construcție modernă⁴¹.

- 2 **PESA a completat propunerea tehnică adăugând informații și documente obligatorii, inițial omise**; Autoritatea contractantă a permis completarea informațiilor conținute în propunerea tehnică și, în consecință, a determinat apariția unor avantaje evidente în favoarea ofertantului desemnat câștigător; în acest sens, arătăm că:

- (a) Cerințele Caietului de sarcini⁴² statuează necesitatea depunerii în ofertă a desenelor și schemelor grafice; mai exact:

„[U]rmătoarele **desene și scheme vor fi obligatoriu incluse în ofertă**: • Amenajarea generală a trenului (design book), inclusiv amplasarea echipamentelor principale, • Secțiune transversală prin caroserie, • Vedere din exterior a vagonului și a unității, • Vedere din interior a vagonului (toate variantele), • Schema de principiu a instalației pneumatice, • Schema de principiu a sistemului de propulsie, • Schema de principiu a circuitelor auxiliare, • Schema de principiu a sistemului de alimentare/ tracțiune, • Schema de principiu a sistemului de frânare, • Caracteristica teoretică de tracțiune/ frânare a trenului, • Ansamblul general al boghiului (toate variantele), • Prezentare cabină de conducere, • Diagramele materialului rulant livrat (privind principalii parametri).”

⁴⁰ Art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016:

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

⁴¹ A se vedea în acest sens <https://zdopravy.cz/problem-novych-regiofoxu-jsou-prilis-hlucne-pesa-chysta-upravy-177898/>

⁴² Rugăm a se vedea Caietul de sarcini, cap. 13.2. [Condiții de întocmire a ofertei tehnice], pct. 5, pag. 81

- (b) Autoritatea contractantă a permis completarea propunerii tehnice prin adresarea unor clarificări ofertantului PESA, din conținutul cărora rezultă explicit faptul că oferta inițial depusă era incompletă, nefundamentată și nu conținea elementele minime obligatoriu impuse în sarcina ofertanților prin documentația de atribuire⁴³. Astfel, prin solicitarea de clarificare nr. 3954/25.05.2023, ARF a solicitat PESA transmiterea prezentărilor grafice pentru amplasarea următoarelor elemente ale trenului: (i) încălzitoarele din interiorul RE-IR pentru cabina de conducere și toalete, (ii) scaunele, cu indicarea distanței minime dintre spătarele scaunelor dispuse în linie/ față, (iii) scaunele destinate utilizării de către persoanele cu handicap și persoanele cu mobilitate redusă, (iv) camerele de luat vederi, (v) cutiile pentru colectarea deșeurilor, (vi) afișajele interioare⁴⁴.

Toate aceste elemente ale trenului pentru care PESA a omis să depună prezentarea grafică în cadrul ofertei, ignorând cerința explicită a Caietului de sarcini mai sus redată, reprezintă echipamente principale, pentru care cerințe minime au fost impuse în cadrul Caietului de sarcini, respectiv: (i) pentru încălzitoarele din interiorul trenului pentru cabina de conducere și toalete cerințele minime sunt indicate în cap. 3.12.2. [Încălzirea și aerul condiționat în cabina de conducere]⁴⁵ și cap. 3.6. [Cabina de conducere], pct. 12⁴⁶, respectiv cap. 3.5.1.3. [Alte amenajări interioare], pct. 3⁴⁷, (ii) pentru amplasarea scaunelor, cu indicarea distanței minime dintre spătarele scaunelor dispuse în linie/ față, cerințele minime sunt indicate în cap. 3.5.1.1. [Scaune], pct. 4 și 5⁴⁸, (iii) pentru scaunele destinate utilizării de către persoanele cu handicap și persoanele cu mobilitate redusă, cerințe minime sunt indicate în cap. 3.5.1.1. [Scaune], pct. 12 și 13⁴⁹, (iv) pentru camerele video, cerințele minime sunt indicate în cap. 3.18.2 [Sistemul de monitorizare RE-IR interior și exterior]⁵⁰, (v) pentru cutiile de colectare a deșeurilor, cerințele minime sunt indicate în cap. 3.5.6. [Cerințe pentru colectarea deșeurilor]⁵¹, (vi) pentru afișajele interioare, cerințele minime sunt indicate în cap. 3.19 [Sistemul de informare pentru călători]⁵².

Cu referire strict la absența distanței minime dintre spătarele scaunelor, credem cu tărie că omisiunea nu e întâmplătoare. Este greu de crezut că într-un tren de 3 vagoane, cu o lungime maximă sub 75 m, ținând cont de toate cerințele obligatorii exprimate prin documentația de atribuire (numărul minim de scaune la Clasa I în configurație 2+1, spațiu de bagaje, spațiu pentru biciclete, 2 toalete, dintre care una pentru persoanele cu mobilitate redusă, spațiu pentru bar-bistro etc.) și de distanța minimă obligatorie impusă între scaune, precum și de obligativitatea instalării de măsuțe la fiecare scaun fix, PESA ar fi putut dispune nu mai puțin de 191 scaune fixe, mai ales având în vedere faptul că în interiorul trenului sunt și trepte de urcare.

43 Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-523/16:

„51 Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (...).” (subl. ns.)

⁴⁴ Rugăm a se vedea punctele 1, 9, 10, 11, 12 și 13 din Solicitarea de clarificare nr. 3954/25.05.2023 adresată PESA

⁴⁵ Rugăm a se vedea pag. 49 din Caietul de sarcini.

⁴⁶ Rugăm a se vedea pag. 43 din Caietul de sarcini.

⁴⁷ Rugăm a se vedea pag. 40 din Caietul de sarcini.

⁴⁸ Rugăm a se vedea pag. 38 din Caietul de sarcini.

⁴⁹ Rugăm a se vedea pag. 39 din Caietul de sarcini.

⁵⁰ Rugăm a se vedea pag. 52-53 din Caietul de sarcini.

⁵¹ Rugăm a se vedea pag. 42 din Caietul de sarcini.

⁵² Rugăm a se vedea pag. 53 din Caietul de sarcini.

Cert este că ARF nu pare a fi verificat temeinic acest aspect, deși numărul de scaune fixe era un criteriu de atribuire cu o pondere foarte importantă în determinarea câștigătorului. Atât de important, încât dacă, în loc de 191 de scaune Autoritatea Contractantă la o atentă verificare ar fi determinat că „numai” 190 sunt posibile (în loc de 191), câștigătorul procedurii ar fi fost altul decât PESA.

- (c) **Conduita ARF contravine interdicțiilor explicite din lege.** Conduita Autorității contractante care, prin clarificările adresate PESA a permis completarea informațiilor și documentelor continute în ofertă, este contrară dispozițiilor art. 209, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fiind încălcate principiile tratamentului egal și transparenței; prin permiterea depunerii reprezentărilor grafice omise din propunerea tehnică, oferta care nu a fost elaborată cu respectarea specificațiilor din Caietul de sarcini (cunoscute de către ofertanți) a ajuns să devină o ofertă conformă urmare a răspunsurilor la clarificări transmise⁵³. Concret:

- principiile transparenței și tratamentului egal au fost grav încălcate prin faptul că PESA a depus cel puțin 7 reprezentări grafice ale elementelor trenului (documente neregăsite în oferta depusă în termenul limită de depunere), deși (i) toți ofertanții au cunoscut cerințele Caietului de sarcini; (ii) Asocierea Alstom a depus, în ofertă, toate documentele solicitate.

Pe de altă parte, este evident că o completare a ofertei tehnice conduce atât la încălcarea principiului tratamentului egal raportat la celălalt ofertant - Asocierea Alstom, care a depus toate înscrisurile solicitate, cât și la eventualii operatori economici interesați care au ales să nu depună ofertă datorită specificațiilor tehnice din Caietul de sarcini și a modalității de elaborare a propunerii tehnice⁵⁴.

53 Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-131/16:

„a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (...).” (subl. ns.)

Hotărârea CJUE din data 10.10.2013 pronunțată în cauza C 336/12:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).” (subl. ns.)

Decizia CNSC nr. 2852/C1/3017 din data de 23.12.2021:

„Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței. Or, acceptarea din partea autorității contractante a completării ofertei depuse inițial cu înscrisurile care lipseau din aceasta și care au fost solicitate expres prin fișa de date ar fi fost de natură a crea un avantaj evident în favoarea Asocierii SC SRL – SC SA avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă neconformă în ofertă admisibilă, cu încălcarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal statuate la art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.” (subl. ns.)

54 Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-298/15:

„68 În această privință, trebuie arătat că, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, aceste principii și această obligație impun mai ales ca ofertanții să fie tratați în mod egal în momentul în care își pregătesc ofertele. Obligația de transparență urmărește în special să garanteze absența favoritismului și a arbitrarului din partea entității contractante (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, și Hotărârea din 14 iulie 2016, TNS Dimarso, C 6/15, EU:C:2016:555, punctul 22) (...) 70 Din jurisprudența Curții rezultă de asemenea că, în principiu, entitatea contractantă nu poate modifica în cursul

- principiul proporționalității a fost, de asemenea, încălcat în contextul în care s-a permis completarea ofertei PESA prin depunerea multiplelor documente care inițial nu se regăseau în ofertă; pe scurt, ofertantului PESA i s-a permis depunerea a 7 reprezentări grafice, prezentarea unor calcule detaliate referitoare la (i) numărul de călători minimi care pot să călătorească în picioare; și la (ii) masa vehiculului din care să rezulte că au fost avuți în vedere toți parametrii impuși.

Toate aceste aspecte nu se regăseau în oferta PESA, ARF permitând, așadar, remedierea multiplelor neconformități ale propunerii tehnice, cu toate că explicit a statuat sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă în situația nerespectării cerințelor minime ale Caietului de sarcini.

- Riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă drept motiv al neintroducerii/ lipsei din cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către Autoritatea contractantă potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care ARF a menționat în mod explicit care sunt documentele obligatoriu a fi incluse în ofertă⁵⁵.

Prevederile art. 134 alin (1) din HG nr. 395/2016 care impun în sarcina Autorității contractante „*obligatia de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei (...) oferte*” nu pot fi aplicate în sensul completării elementelor omise din propunerile tehnice, ci ARF trebuia să se asigure că, prin întrebările adresate, nu a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea PESA, pentru a respecta dispozițiile art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016⁵⁶. Niciun proces verbal nu demonstrează însă faptul că ARF ar fi analizat

procedurii de atribuire conținutul condițiilor esențiale ale contractului, printre care figurează specificațiile tehnice (...), pe care s-au întemeiat în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a prezentării unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C 368/10, EU:C:2012:284, punctul 55, și Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, punctele 27-29).”

Hotărârea CJUE din data 10.10.2013 pronunțată în cauza C 336/12:

„32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40). 33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor. 34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertei, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43). (...) 37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, **autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată** (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41).” (subl. ns.)

⁵⁵ Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-27/15:

„39 Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit. (...) 42 Or, astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit. Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură.”

⁵⁶ Art. 209, alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, **cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.** (2) **Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.**” (subl. ns.)

toate aceste aspecte; dimpotrivă, Autoritatea contractantă a considerat relevantă solicitarea unor documente completatorii, fără a verifica dacă depunerea acestora conduce, de fapt, la modificarea ofertei.

În mod nepermis, prin clarificările formulate, PESA a modificat și completat propunerea tehnică, deși informațiile furnizate nu se regăseau inițial la dispoziția ARF, ele fiind totuși obligatorii.

- D Situația companiei PESA și efectele care decurg din participarea acesteia la Procedura de atribuire; prețul neobișnuit de scăzut al componentei de mentenanță trebuia clarificat, prilej cu care ARF era obligat să verifice și sancționeze situația de distorsionare a concurenței rezultată din faptul că operatorul PESA este susținut de statul de origine prin diverse forme de ajutor

- D.1 Modalitatea de deținere a PESA și evoluția financiară a companiei, în contextul dificultăților care au făcut necesară susținerea primită din partea statului polonez

PESA beneficiază de ajutor de stat, fiind susținută de statul polonez⁵⁷. 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 polonez⁵⁸. În acest sens, declarațiile oficiale ale chiar reprezentanților statului polonez⁵⁹ 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

⁵⁷ 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>

⁵⁸ Rugăm a se vedea în acest sens link-ul: <https://pfrsa.pl/en/>

⁵⁹ Rugăm a se vedea în acest sens **Anexa nr. 5**, 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#>

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 polonez⁶⁰, fiind beneficiara unui ajutor pe care, pentru a nu distorsiona concurența și sub sancțiunea respingerii ca neconforme a ofertei depuse fără o asemenea dezvăluire, era obligată să îl aducă la cunoștința autorităților achizitoare.

- 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 nesustenabile, semnificativ mai reduse, față de cele uzuale. Se cuvine a arăta aici faptul că, în practică, „costul total al mentenanței unui vehicul pe durata de viață de 30 de ani este, în general, similar cu costul (prețul) de achiziție al unui vehicul”⁶¹ (subl. ns), pentru a cita un autor chiar din Polonia, regretatul Jan Raczynski, în timp ce PESA oferă aici un preț estimat pentru 30 de ani în valoare netă absolută de circa 2,6 ori mai mic!

Astfel cum urmează să argumentăm, 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 distorsionată atunci când, în esență, un operator privat ajunge să concureze la atribuirea unui contract de achiziție publică cu însuși statul care susține competitorul. 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, astfel cum vom detalia.

- D.2 Consecințe care decurg din omisiunea informării corecte și transparente a ARF privind susținerea de care PESA beneficiază; prețul neobișnuit de scăzut oferit pentru mentenanță reprezintă consecința directă a ajutorului de stat/sprijinului financiar omis a fi fost declarat, în mod transparent, la momentul depunerii ofertei**

Pentru o elocventă expunere a criticii, vom prezenta atât cadrul legal relevant, cât și situația concretă în care oferta PESA se regăsește, mai exact:

- (a) Reglementări relevante și obligatorii privind obligațiile operatorilor economici care beneficiază de sprijin financiar din partea statelor de origine de a declara, transparent,**

⁶⁰ <https://www.railjournal.com/financial/polish-government-takes-control-of-pesa/>

⁶¹ https://www.matec-conferences.org/articles/mateconf/abs/2018/39/mateconf_met2018_02010/mateconf_met2018_02010.html

A se vedea pag. 2, cap. 3 din https://www.matec-conferences.org/articles/mateconf/pdf/2018/39/mateconf_met2018_02010.pdf

situațiile de ajutor; obligația ARF de a exclude oferta care prezintă un preț neobișnuit de scăzut în condițiile unei susțineri de natură a distorsiona concurența

Prezenta secțiune are rolul de a prezenta detaliat dispozițiile legale (naționale și comunitare) necesar a fi fost respectate în procesul de evaluare a ofertei PESA. Explicațiile detaliate sunt necesare atât pentru abordarea criticii privind prețul neobișnuit de scăzut, cât și a celor care vizează încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, de asemenea încălcate. **Autoritatea contractantă avea obligația de a evalua oferta PESA cu luarea în considerare a dispozițiilor mai jos enunțate, respectiv:**

Dispoziții legale relevante:

- **Legea nr. 98/2016**

- Art. 167 din Legea nr. 98/2016:

*„(1) Autoritatea contractantă **exclue din procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: [...] d) **autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză (...)**” (subl. ns.);*

- Art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016:

*„Oferta este considerată **neconformă** dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de **înțelegeri anticoncurențiale** sau corupție sau **a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută**.” (subl. ns.);*

- **H.G. nr. 395/2016**

- Art. 1 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016:

*„Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau **denaturarea concurenței**.” (subl. ns.);*

- 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: (...) c) conține în cadrul propunerii financiare **prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe** și care nu pot fi justificate; (...)” (subl. ns.);*

- **TFUE**

- Art. 107 alin. (1) din TFUE:

„(1) Cu excepția derogațiilor prevăzute de tratate, sunt incompatibile cu piața internă ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, în măsura în care acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre.” (subl. ns.)

- **Directiva nr. 24/2014/interpretări CJUE**

- Pct. (7) din preambulul Directivei nr. 24/2014:

„În cele din urmă, ar trebui să se reamintească faptul că prezenta directivă nu aduce atingere libertății autorităților naționale, regionale și locale de a defini, în conformitate cu dreptul Uniunii, serviciile de interes economic general, domeniul de aplicare al acestora și caracteristicile serviciului care trebuie furnizat, inclusiv eventualele condiții referitoare la calitatea serviciului, în vederea urmăririi obiectivelor lor de politică publică. De asemenea, prezenta directivă nu ar trebui să aducă atingere competenței autorităților naționale, regionale și locale de a furniza, contracta și finanța servicii de interes economic general în conformitate cu articolul 14 din TFUE și cu Protocolul nr. 26 privind serviciile de interes general anexat la TFUE și la Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE). În plus, **prezenta directivă nu are drept obiect finanțarea serviciilor de interes economic general sau schemele de ajutor oferit de statele membre în special în domeniul social, în conformitate cu normele Uniunii privind concurența.**” (subl. ns.);

- Articolul 35 Licitării electronice din Directiva nr. 24/2014:

„(5) Înainte de lansarea unei licitații electronice, autoritățile contractante efectuează o primă evaluare integrală a ofertelor, conform criteriului sau criteriilor de atribuire și ponderilor stabilite ale acestora. O ofertă este considerată admisibilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a fost exclus în conformitate cu articolul 57 și care îndeplinește criteriile de selecție și a cărui ofertă este conformă cu specificațiile tehnice, fără a fi neconformă sau inacceptabilă sau inadecvată. În special, **ofertele care nu respectă documentele achiziției, care au fost primite cu întârziere, care prezintă semne de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau care au fost considerate de autoritatea contractantă ca fiind anormal de scăzute, se consideră neconforme.** În special ofertele prezentate de către ofertanții care nu au calificările necesare și ofertele al căror preț depășește bugetul autorității contractante, astfel cum a fost stabilit și documentat înainte de lansarea procedurii de achiziții publice, se consideră inacceptabile.” (subl. ns.);

- Articolul 69 [Oferte anormal de scăzute] din Directiva nr. 24/2014:

„(1) **Autoritățile contractante solicită operatorilor economici să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, în cazul în care ofertele par a fi anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile respective.**

(2) **Clarificările menționate la alineatul (1) se pot referi în mod concret la: (...) (f) posibilitatea ca ofertantul să obțină un ajutor de stat.**

(3) **Autoritatea contractantă evaluează informațiile furnizate prin consultarea ofertantului. Ea poate respinge oferta numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alineatul (2).** Autoritățile contractante resping oferta atunci când constată că aceasta este anormal de scăzută deoarece nu respectă obligațiile aplicabile menționate la articolul 18 alineatul (2).

(4) **În cazul în care o autoritate contractantă stabilește că o ofertă este anormal de scăzută pentru că ofertantul a obținut un ajutor de stat, oferta poate fi respinsă doar din acest motiv numai după consultarea ofertantului, dacă acesta nu este în măsură să demonstreze, într-un termen suficient stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul în cauză este compatibil cu piața internă în sensul articolului 107 din TFUE.** Autoritatea contractantă care respinge o ofertă în aceste circumstanțe aduce acest lucru la cunoștința Comisiei.

(5) **Statele membre pun la dispoziția altor state membre, la cerere, prin cooperare administrativă, orice informații de care dispun, cum ar fi legi, regulamente, contracte colective de muncă universal aplicabile sau standarde tehnice naționale, referitoare la dovezile și documentele prezentate în legătură cu elementele menționate la alineatul (2).**” (subl. ns.)

• **Comunicarea Comisiei UE⁶²**

„Statele membre sunt libere să stabilească norme sau metode naționale care să fie utilizate pentru **identificarea ofertelor suspectate a fi anormal de scăzute**, cu condiția ca aceste norme să fie obiective și nediscriminatorii⁶³. Acestea **pot aplica metode aritmetice, pe baza unei evaluări a abaterii unei oferte de la prețul mediu al tuturor ofertelor⁶⁴**, sau de la valoarea achiziției estimate de cumpărătorul public. O metodă valabilă poate consta, de asemenea, în referirea la **diferența dintre prima și cea de a doua cea mai scăzută ofertă**. Aceste norme pot include **praguri procentuale specifice care trebuie aplicate pentru identificarea ofertelor anormal de scăzute**. În cazul în care legislația națională nu a stabilit o metodă, **cumpărătorii publici pot stabili ei înșiși metode transparente și nediscriminatorii**. Ofertele pot părea anormal de scăzute în raport cu oricare dintre parametrii relevanți și cu criteriile de atribuire. Acest lucru se poate întâmpla, de exemplu, dacă raportul dintre calitatea oferită și preț este suspect. În cazul în care un **cumpărător public primește o ofertă suspectată a fi anormal de scăzută, acesta are obligația legală de a solicita operatorului economic în cauză o explicație a prețului oferit⁶⁵**. Cumpărătorul public nu poate respinge o ofertă fără a oferi operatorului economic ocazia de a explica și justifica prețul. Acest lucru se aplică și metodelor aritmetice utilizate pentru identificarea ofertelor suspecte. Astfel de metode nu permit respingerea imediată fără investigație.” (subl. ns.);

„Pentru a putea evalua explicațiile furnizate de ofertant, cumpărătorii publici ar trebui să solicite **toate detaliile pe care le consideră adecvate**. În special, jurisprudența impune cumpărătorilor publici **să solicite în scris informații cu privire la elementele ofertei suspectate de anomalii, care au generat îndoiele din partea cumpărătorului public în cazul respectiv⁶⁶** (subl. ns.);

„Cumpărătorii publici sunt, de asemenea, încurajați⁶⁷ să cerceteze dacă oferta respectă obligațiile aplicabile în domeniul mediului, social și al muncii instituite prin dreptul Uniunii, prin dreptul național, prin acorduri colective sau prin dispozițiile internaționale de drept în domeniul mediului, social și al muncii enumerate în anexa X⁶⁸. **Aceste obligații se aplică în mod direct, indiferent de includerea acestora în documentele de licitație**.

Explicațiile solicitate din partea ofertantului se pot referi și la practici comerciale potențial neloiale, precum existența subvențiilor străine sau a dumpingului care denaturează piața internă. La cercetarea practicilor comerciale neloiale, cumpărătorii publici ar trebui să acorde o atenție deosebită ofertelor care prezintă bunuri sau servicii din țări terțe ale căror prețuri și costuri pot fi denaturate printr-o finanțare garantată de stat. Existența unui sprijin financiar din partea unui stat străin ar putea face parte din evaluarea globală a viabilității ofertei.”⁶⁹ (subl. ns.);

⁶² Pentru o analiză aprofundată, depunem alăturat, integral, textul Comunicării Comisiei din care am redat, în extras, paragrafele considerate relevante.

⁶³ În acest sens, se poate vedea și punctul 68 din hotărârea pronunțată în cauzele conexe C-285/99 și C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*.

⁶⁴ O astfel de comparație „relativă” (care include toate ofertele depuse) poate fi preferabilă în cazul în care numărul de oferte primite este suficient, deoarece o astfel de comparație ar putea să reflecte cel mai bine condițiile pieței.

⁶⁵ CJUE, cauzele conexe C-285/99 și C-286/99, punctele 43 și 73.

⁶⁶ CJUE, cauzele conexe C-285/99 și C-286/99, punctele 43 și 55.

⁶⁷ Articolul 69 alineatul (2) litera (d) și articolul 69 alineatul (3).

⁶⁸ Articolul 18 alineatul (2) din Directiva 2014/24/UE.

⁶⁹ CJUE, cauzele conexe C-285/99 și C-286/99, punctul 51.

- (b) Situațiile constând în încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării reprezintă o preocupare constantă la nivelul Uniunii Europene. Din păcate, ARF a ignorat complet acest aspect

Conform art. 10 alin. (1) teza finală din Regulamentul 2016/1037/EU:

„În cazul în care, în absența unei plângeri, un stat membru este în posesia unor elemente de probă suficiente referitoare la o subvenție și la un prejudiciu care rezultă din aceasta pentru industria Uniunii le comunică de îndată Comisiei.”

În aceste condiții și având în vedere că PESA beneficiază de ajutor de stat, Autoritatea contractantă avea obligația să aplice art. 10 mai sus menționat, respectiv să sesizeze Comisia Europeană cu privire la existența unei subvenții din partea statului polonez, precum și cu privire la prejudiciul suferit de celelalte părți participante la procedura de achiziție publică.

În situația din prezenta speță, autoritatea nu a luat în considerare remediul prevăzut de Regulamentul 2016/1037/EU, ignorând faptul că PESA beneficiază de subvenții din partea statului polonez, precum și faptul că participanții la procedura de achiziție ar putea suferi un prejudiciu în acest context.

Concurența la nivel de preț a fost astfel distorsionată de către ARF care nu ar putea, în cazul de față, să adopte în condiții de legalitate decizia sa atribuire a contractului către PESA decât în măsura în care s-ar confirma (pe calea sesizării Comisiei Europene) fie că (i) în cazul PESA nu erau aplicabile măsuri compensatorii, fie că (ii) măsurile compensatorii au fost deja dispuse. Oricum, nicio astfel de verificare nu a fost întreprinsă, Autoritatea contractantă ignorând în special valoarea ofertată de PESA, deci cu atât mai mult faptul că acest operator beneficiază de o susținere aptă să fi distorsionat concurența.

ARF se face vinovată și de încălcarea art. 8 din Legea Concurenței nr. 21/1996, demersul său de evaluare fiind, astfel, lovit de nulitate absolută. Rugăm a fi observate, în acest sens, reglementările relevante prevăd:

- Art. 8 din Legea concurenței nr. 21/ 1996:

*“(1) Sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își deleagă atribuțiile, care **restrâng, împiedică sau denaturează concurența**, precum: a) limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale; b) **stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor.**” (subl. ns.)*

- Art. 2 din Legea concurenței nr. 21/ 1996:

“(1) Dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, săvârșite de:

a) întreprinderi sau asociații de întreprinderi - persoane fizice sau juridice - de cetățenie, respectiv de naționalitate română sau străină, denumite în continuare întreprinderi;

*b) autoritățile și instituțiile administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, **intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența**, cu excepția situațiilor când asemenea măsuri sunt luate în aplicarea altor legi sau pentru apărarea unui interes public major.*

*(4) Dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor prevăzute la alin. (1), când sunt **săvârșite pe teritoriul României, precum și celor săvârșite în afara teritoriului țării, atunci când produc efecte pe teritoriul României.**" (subl.ns.)*

- Art. 52 din Legea concurenței:

***"Sunt nule de drept orice înțelegeri sau decizii interzise prin art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și prin art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, respectiv orice angajamente, convenții ori clauze contractuale raportându-se la o practică anticoncurențială, precum și orice acte care încalcă prevederile art. 8 din prezenta lege."** (subl.ns.)*

Modalitatea de desfășurare a procedurii a presupus următoarele fapte și acte adoptate de către ARF:

- autoritatea a aplicat documentația de atribuire, fără luarea în calcul a tuturor aspectelor/ reglementărilor aplicabile (i.e. a neglijat să facă aplicarea Regulamentului 2016/1037/EU cu efectele menționate mai sus);
- ARF a omis să ceară clarificări PESA pentru ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut, astfel cum era obligată conform art. 210 din Lege nr. 98/2016;
- ARF nu a luat în calcul (în procesul de evaluare a ofertelor depuse) faptul că PESA beneficia de ajutor de stat din partea statului polonez;
- procedura de evaluare a ARF s-a bazat pe valoarea ofertată, fără a lua în calcul obligația legală de documentare a acestui preț și de a verifica ajutorul de stat de care beneficiază PESA, precum și de a verifica legalitatea acestuia.

Toate aceste acțiuni ale ARF, în mod vădit, au condus la distorsionarea concurenței prin stabilirea de **condiții discriminatorii pentru activitatea participanților la procedura de achiziție publică**, autoritatea făcându-se vinovată de încălcarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea concurenței 21/1996 citat mai sus.

Condițiile discriminatorii sunt reprezentate, în special, de faptul că Alstom, la fel ca orice altă companie activă pe piața UE, respectă regulile privind ajutorul de stat, respectiv art. 107 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene („TFUE”) și Ordonanța de Urgență nr. 77 din 3 decembrie 2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, în vreme ce PESA beneficiază de o măsură de ajutor de stat acordată, dar nedeclarată în procedură.

În concluzie, conform art. 52 din Legea concurenței citat mai sus, solicităm admiterea contestației și ca urmare a distorsionării concurenței în forma discriminării între PESA și Alstom, modalitatea de evaluare fiind vădit nelegală.

- (c) Este adevărat că nu este interzisă participarea la procedurile de achiziție publică a ofertanților care beneficiază de subvenții/ ajutor de stat, însă la fel de adevărat este că Autoritatea contractantă are obligația, conform legii, de a cerceta legalitatea subvențiilor acordate/ ajutorului de stat, urmare a solicitării tuturor clarificărilor necesare pentru asigurarea Autorității privind legalitatea măsurii de ajutor de stat de care beneficiază ofertantul. Aparent

simplă, soluția astfel consacrată de legiuitor reclamă o analiză minuțioasă din partea Autorității contractante a documentației care a stat la baza acordării ajutorului de stat, precum și a reglementărilor specifice aplicabile în această materie, tocmai pentru a se verifica efectele produse și modalitatea în care concurența este afectată.

Concret, într-o astfel de situație - a existenței unui operator economic beneficiar al unui ajutor de stat, participant la procedura de atribuire, Autoritatea contractantă avea obligația de a lua o serie de măsuri la momentul analizei ofertei sale financiare, respectiv:

- de a solicita clarificări ofertantului și de a verifica răspunsurile care justifică prețul oferat; nicio clarificare nu a fost adresată de către ARF;
- de a lua în considerare justificările ofertantului, îndeosebi cele care se referă la, printre altele, posibilitatea de a beneficia de un ajutor de stat; nicio justificare nu a fost adusă de către PESA care, nu numai că nu a declarat văditul avantaj financiar, ci chiar a omis ca, în detalierea prețurilor sale, să amintească măcar situația particulară în care se regăsește.

Mai mult, în situația în care se constată că prețul este neobișnuit de scăzut întrucât ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, legiuitorul a instituit reguli specifice. Astfel, Autoritatea contractantă ar putea respinge oferta numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul se află în imposibilitate de a demonstra că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal⁷⁰.

Astfel, situația ofertantului beneficiar al unui ajutor de stat trebuie tratată cu mai multă rigoare, lucru care nu s-a întâmplat în prezenta speță, PESA alegând să nu informeze ARF despre susținerea de care se bucură din partea statului polonez. Totodată, exceptând lipsa de informare din partea ofertantului, puterea de apreciere a Autorității contractante este limitată inclusiv sub aspectul temeiniciei justificărilor primite la solicitarea de clarificare.

Pentru claritate, pentru ca o măsură să fie calificată drept ajutor de stat, aceasta trebuie să îndeplinească în mod cumulativ cerințele prevăzute de art. 87 alin. (1) din Tratatul CE, respectiv: (i) să implice transferul de resurse ale statului; (ii) să constituie un avantaj economic de care întreprinderea nu ar fi beneficiat în mod normal; (iii) să fie selectivă, în speță să se adreseze anumitor întreprinderi sau producătorii anumitor bunuri; (iv) să denatureze sau să fie de natură a denatura concurența; (v) să afecteze schimburile comerciale între statele membre.

Potrivit articolului mai sus referit, **ajutoarele care îndeplinesc toate criteriile enumerate sunt incompatibile cu piața comună**. De la această regulă există însă două excepții: ajutoarele care sunt în mod necesar compatibile cu piața comună (art. 87 alin. (2) din Tratatul CE) și ajutoarele care pot fi considerate compatibile cu piața internă (art. 87 alin. (3) din Tratatul CE). Aceasta din urmă categorie de ajutoare, incluzând măsuri destinate favorizării dezvoltării anumitor activități sau anumitor regiuni economice, promovării, realizării unui proiect de interes european comun etc., interesează în mod special materia achizițiilor publice.

Pentru ca un ajutor de stat din aceasta categorie să fie legal acordat, acesta trebuie notificat în prealabil Comisiei Europene și autorizat de aceasta. Sunt exceptate de la obligația de notificare prealabilă categoriile de ajutoare de stat declarate ca fiind compatibile cu Tratatul CE prin regulamentele de exceptare pe categorii adoptate de Comisia Europeană.

⁷⁰ Art. 210, alin (5) din Legea nr. 98/2016

Conștienți că expunerea de mai sus se poate considera că excedează criticii privind prețul neobișnuit de scăzut, consecință a susținerii financiare din partea statului polonez, 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;
- Subvențiile de care beneficiază PESA permit ofertarea unui preț pentru mentenanță la aprox. 67% din prețul Asocierii Alstom – celălalt competitor; este obligatorie verificarea atentă a acestei situații și respingerea ofertei ca urmare a încălcării principiilor mai sus enunțate. Practic, Alstom, operator privat, concurează cu statul polonez ceea ce nu este, desigur, permis.

D.3 PESA a oferit un preț conținând componente neobișnuit de scăzute; valoarea oferită de către PESA pentru mentenanță reprezintă aproximativ 50% din valoarea estimată, iar ARF nu a solicitat absolut nicio fundamentare/justificare din partea ofertantului aflat în această situație

Pentru analiza acestei critici rugăm a fi observate următoarele elemente:

(a) Valoarea estimată a componentei de mentenanță

Valorile estimate relevante au fost indicate de către Autoritatea contractantă în cadrul Notei de fundamentare nr. 22/223/17.05.2022⁷¹; potrivit acestui document, parte a dosarului achiziției publice, valoarea pentru achiziția a 20 de rame electrice este de **765,581.000 lei fără TVA**, iar

⁷¹ Anexa nr. 6 – Nota de fundamentare

valoarea pentru mentenanța și reparația a 20 de rame pe durata a 15 ani este de 673.476.000 lei cu TVA, adică **545.515.560 lei fără TVA⁷²**.

(b) Valoarea mentenanței oferită de PESA

Valoarea oferită de către PESA pentru mentenanță este puțin peste **275 milioane lei** (valoare determinată în baza informațiilor disponibile în cadrul Raportului procedurii). Prin urmare, **prețul pentru această componentă a contractului reprezintă circa 50% din valoarea estimată indicată în Nota de fundamentare.**

Prețul este neobișnuit de scăzut cu atât mai mult cu cât Caietul de sarcini prevede la cap. 1.1.4. următoarele:

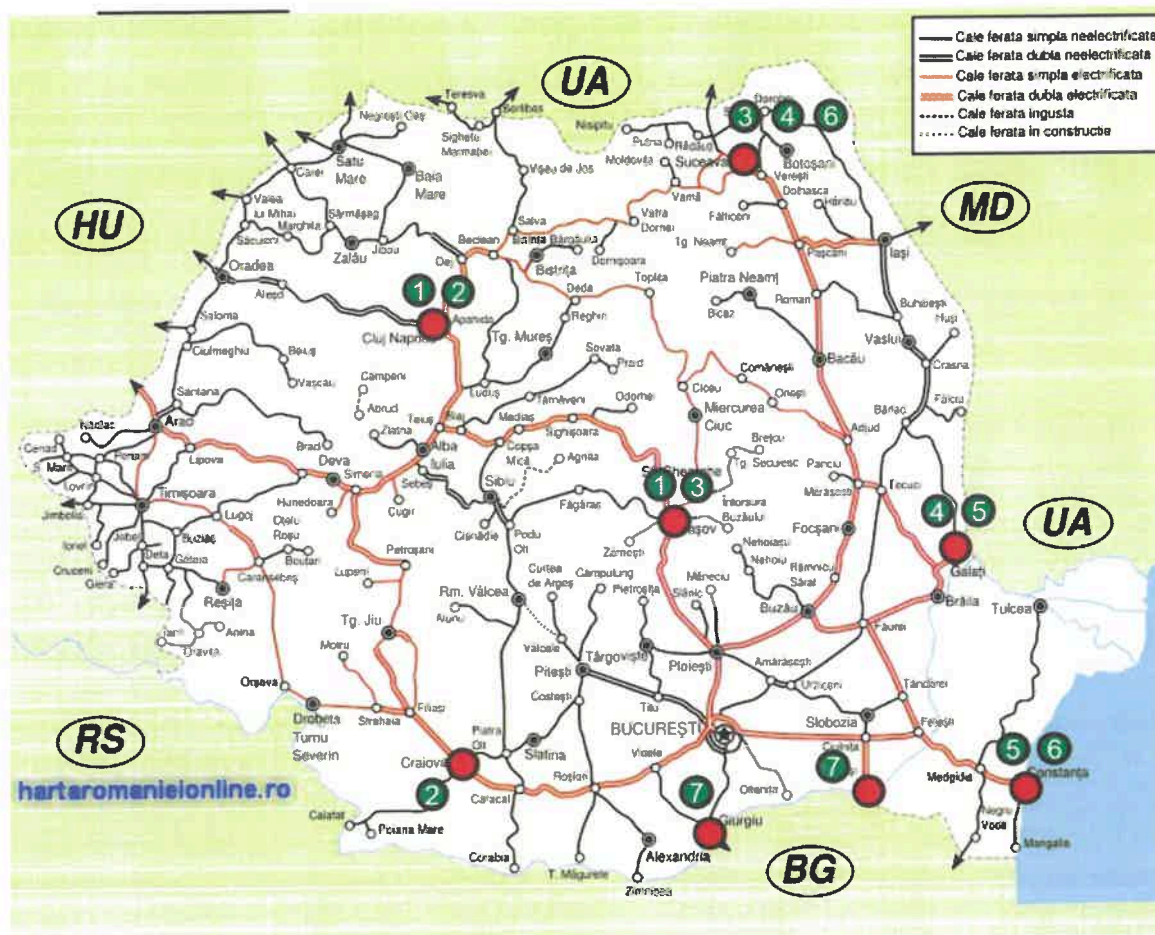
„Identificarea și amenajarea spațiilor necesare prestării serviciilor de mentenanță și reparații (inclusiv spații pentru remizare înainte și după efectuarea serviciilor) sunt în responsabilitatea exclusivă a furnizorului. Furnizorii vor ține cont de faptul că aceste spații trebuie să fie amplasate la o distanță (max. 10 km) față de stația de domiciliu.” (subl. ns.)

Același Caiet de Sarcini, în Anexa 8, indică Secțiunile de circulație interregionale pe care vor circula cu precădere RE-IR:

Nr. Crt.	Rute de circulație	Număr RE-IR
1	Cluj Napoca - Sighișoara - Brașov	2
2	Cluj Napoca - Alba Iulia - Simeria- Târgu Jiu - Craiova	2
3	Brașov - Ploiești - Buzău - Focșani - Bacău - Pașcani - Iași/Suceava	3
4	Galați - Măreșești - Bacău - Pașcani - Iași/Suceava	3
5	Galați - Brăila - Făurei - Fetești-Constanța (- Mangalia)	3
6	(Mangalia) - Constanța - Fetești - Brăila - Măreșești - Bacău - Pașcani - Iași/Suceava	3
7	(Giurgiu -) București - Ciulnița - Călărași	2
Total: 18 RE-IR2, + 2 rezerve (8%) = Total general 20 RE-IR2.		

Analiza coroborată a prevederilor Cap. 1.1.4 din Caietul de Sarcini și a Anexei nr. 8 duce la inevitabila concluzie că, pentru a satisface aceste cerințe, ofertanții trebuie să prevadă în structura lor de costuri minimum 2 depouri, după cum este figurat pe harta de mai jos:

⁷² Rugăm a se vedea pag. 6 din Nota de fundamentare



(În care numerele încadrate în culoarea verde reprezintă capetele rutelor de circulație din Anexa 8 din Caietul de sarcini).

De altfel, PESA, prin propriile declarații, arată că „*va crea centre de mentenanță dedicate în trei regiuni*”, ceea ce, pe de o parte confirmă raționamentul nostru și, pe de alta, plasează intenția la timpul viitor, confirmând că la momentul elaborării și depunerii ofertei, nu avea la dispoziție ori în portofoliu o astfel de locație.

Investiția într-un depou specializat presupune, *a minima*, următoarele capitole (1) terenul, (2) construcția și (3) echipamentele necesare. Numai dacă ne referim la costurile de construcție, știind că un astfel de depou necesită o suprafață medie de minimum 3000 mp, la un cost minim de 2.000€/mp rezultă: $3.000 \text{ mp} \times 2.000\text{€} \times 3 \text{ depouri} = 18 \text{ mil. €}$ NUMAI investiția în construcție, la care se adaugă costul terenului și al echipamentelor.

Fără a detalia lista de echipamente, merită menționat faptul că fiecare astfel de depou trebuie dotat cu un strung pentru strunjirea roților, echipament al cărui preț de achiziție astăzi este undeva în jurul valorii de 2 mil. €, fără a ține cont de construcția specială în care trebuie înglobat și instalațiile aferente.

Ca atare, o estimare extrem de optimistă a investiției necesare numai pentru asigurarea infrastructurii de bază în materie de depouri se cifrează în jurul valorii de 25 mil. €.

De altfel, o estimare în mare a structurii totale a costurilor activității de mentenanță, ușor de urmărit, valabilă pentru 15 ani, este redată în tabelul de mai jos:

	k€
Investiție depouri	25.000
Materiale:	15.000
Manoperă:	15.000
Reparații capitale:	5.000
Utilități:	8.000
Logistică:	1.000
Costuri IT:	1.000
Întreținere depouri:	1.000
	71.000

Această structură de costuri nu este exhaustivă și nu conține niciun fel de costuri financiare, costuri care pot fi extrem de importante în condițiile pieței de astăzi, cu dobânzi extrem de mari. În plus, nu conține niciun provizion pentru riscuri, nicio rezervă pentru dezvoltare și niciun fond de rezervă pentru investiții suplimentare. Chiar și așa și neincluzând niciun fel de profit al operațiunii, cifra estimată este net superioară prețului oferit de către PESA, de circa 55 mil EUR pentru 15 ani de servicii, preț de vânzare absolut nesustenabil.

(c) Obligația ofertantului de a fi clarificat și fundamentat componenta de mentenanță, având o valoare neobișnuit de scăzută, rezultă din:

- dispozițiile art. 210 alin (1) din Legea nr. 98/2016⁷³ coroborate cu dispozițiile art. 136 din HG nr. 395/2016⁷⁴; potrivit acestora, atunci când componenta prezintă o valoare redusă la mai mult de 80% din valoarea estimată, Autoritatea este obligată să clarifice (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 ofertată, aducând nu numai explicațiile relevante, ci și dovezile de natură a proba sustenabilitatea acestei valori;
- cu prilejul clarificării obligatorii a valorii neobișnuit de scăzute ofertate, PESA avea și obligația de a declara susținerea de care beneficiază, dispozițiile art. 210 alin (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016⁷⁵ 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;

⁷³ 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.)

⁷⁴ 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 posibilitatea 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 ofertat, fără TVA, **reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată** a contractului respectiv.” (subl. ns.)

⁷⁵ 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.)

- Inclusiv prin cerințele Caietului de Sarcini⁷⁶, 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 oferite prin descompuneri detaliate; o astfel de obligație demonstrează tocmai importanța fundamentării valorii oferite, 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 plasată sub 80% din valoarea estimată (și nu oricât, ci 50,44% din aceasta), varianta de a fi ignorat clarificarea și demonstrarea probată a sustenabilității ofertei sale fiind într-o flagrantă contradicție cu prevederile legale mai sus enunțate.
- (d) **Concluziile care se impun în legătură cu valoarea neobișnuit de scăzută a ofertei PESA (componenta de mentenanță cu rolul extrem de important în determinarea clasamentului) în contextul reglementărilor existente sunt:**
 - Componenta preț (incluzând mentenanța) reprezintă un factor de evaluare luat în considerare formulei de departajare a ofertanților; analiza valorilor astfel indicate este, și numai din această perspectivă, extrem de importantă pentru corectitudinea rezultatului Procedurii de atribuire, chiar și făcând abstracție de situația particulară a PESA (companie susținută de statul polonez), respectiv obligația de a fundamenta economic orice valoare mai mică de 80% din valoarea estimată. Prevederile explicate ale art. 189 alin (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 impun ca valorile atribuite factorilor de evaluare să fie atent verificate și fundamentate, ofertanților revenindu-le obligația de a le proba⁷⁷;
 - Orice valoare mai mică de 80% din valoarea estimată este legal prezumată ca fiind neobișnuit de scăzută; ofertantul aflat într-o asemenea situație are obligația de a fundamenta această valoare, corelativ autorității contractante revenindu-i obligația de a solicita clarificare (iar nu opțiunea, pe care să și-o exercite eventual discreționar); cu alte cuvinte, ARF nu putea opta pentru neclarificarea PESA atunci când valoarea mentenanței oferite de acest operator reprezintă 50% din valoarea estimată, legea obligându-l explicit să clarifice și solicite fundamentare probată;
 - Situația de susținere financiară a statului polonez trebuie declarată cu prilejul fundamentării valorii oferite; cu atât mai mult cu cât aceasta este neobișnuit de scăzută, vigilența și atenția cu care ARF era obligat să se asigure că nu se distorsionează concurența trebuiau manifestate;
 - Nu există absolut nicio justificare obiectivă pentru care PESA să nu fie obligat să fundamenteze valoarea mentenanței; în condițiile în care valoarea este neobișnuit de scăzută, iar activitățile de mentenanță complexe, impunând investiții semnificative pentru PESA în România (care, la acest

⁷⁶ În acest sens, rugăm a fi observate Cerințele din Capitolul 14. Conformitatea ofertei financiare, pag. 87 și urm.

⁷⁷ În acest sens, art. 189 alin (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 prevede:

(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.

(3) Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți.

moment, nu deține absolut nicio dotare necesară în vederea prestării acestei activități), suspiciunea ARF față de valoarea ofertată presupunea o minimă asigurare a capacității ofertantului de a duce la bun sfârșit un contract estimat a avea o durată de minim 15 ani. Selecția simplistă și nefundamentată a ofertantului care, deși era obligat, eșuează în a fundamenta valoarea ofertată nu poate conduce decât la un rezultat fundamental greșit, pe care avem convingerea că măsurile de remediere dispuse prin decizia Consiliului îl vor invalida.

E PESA se încadrează în motivele de excludere. Abaterile grave, repetate, în contractele anterior executate nu au fost declarate, situație de natură a atrage incidența sancțiunilor reglementate de art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016

E.1 Abaterile grave ale PESA în 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:

- 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 PLN⁷⁸; 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;
- 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 contract⁷⁹, termenul de livrare fiind unul dintre cele mai importante criterii de evaluare a ofertelor în ceea ce privește obținerea finanțării UE. Conform prevederilor 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;
- Penalitățile contractuale aplicate de către diverși beneficiari ca urmare a executării necorespunzătoare a contractelor sunt recunoscute chiar de către PESA în cadrul notelor explicative la situațiile sale financiare aferente exercițiului financiar 01.01.2020 – 31.12.2020; 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 document⁸⁰ se indică faptul că:

⁷⁸ 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. 7**.

⁷⁹ 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. 8**.

⁸⁰ **Anexa nr. 9 – Note explicative la situațiile financiare PESA pentru exercițiul financiar 01.01.2020 – 31.12.2020.**

„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 remedierea defectiunilor.”

E.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. 98/2016⁸¹ 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 are șansa de a-și menține capacitatea de atribuire a altui contract doar dacă declară transparent situația încă de la momentul depunerii ofertei 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.

Situațiile anterior semnalate cu privire la conduita contractuală necorespunzătoare a PESA, care a generat aplicarea de daune-interese recunoscute explicit de către ofertant prin documentele sale financiare, se încadrează dincolo de orice dubiu în definiția abaterii profesionale grave; **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.

⁸¹ 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 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; (...)”

Astfel, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016⁸² coroborat cu art. 57 alin. (4) lit. h) din Directiva nr. 24/2014⁸³, „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 DUAE⁸⁴ 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 aparent⁸⁵.

⁸² 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;”

⁸³ 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.).

⁸⁴ Analiza Autorității contractante privind modalitatea de completare a formularului DUAE, partea III. Motive de excludere, se regăsește în cadrul Procesului Verbal de evaluare nr. 1893/07.03.2023

⁸⁵ A se vedea în acest sens Decizia nr. 4211 din 08.08.2018, pronunțată de Curtea de Apel București.

Oricum, PESA nu are posibilitatea de a-și auto-evalua situația⁸⁶. 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 ofertantului⁸⁷. 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. 98/2016⁸⁸; 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 excludere⁸⁹.

⁸⁶ 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.).

⁸⁷ 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.).

⁸⁸ 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.).

⁸⁹ 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.).

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 excludere⁹⁰.

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 adoptată⁹¹. 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 întreprinse⁹². 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 privind rezilierea contractului și/sau aplicarea penalităților de întârziere aplicate⁹³.

⁹⁰ În acest sens, în jurisprudență se rețin următoarele chestiuni:

- 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 economici 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”

⁹¹ 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.).

⁹² 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.98/2016 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 semnificate 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.).

⁹³ 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:

Se impune, aşadar, excluderea ofertei PESA în contextul în care:

- a) PESA şi-a încălcat în mod grav şi repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract şi la plata de penalităţi de întârziere – fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;
- b) PESA nu a informat ARF privind conduita sa şi sancţiunile aplicate, deşi putea şi trebuia să o facă în cadrul formularului DUAE – fapt pentru care este incident motivul de excludere statuat de dispoziţiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Nicio eventuală încercare a PESA de a lămuri, în prezent, situaţia semnalată şi probată mai sus nu mai poate conduce la reabilitarea şi menţinerea în Procedura de atribuire a ofertantului care a încălcat obligaţia de sinceritate şi transparenţă la momentul completării documentelor de licitaţie.

F Oferta PESA este inadmisibilă; cerinţa de experienţă similară nu poate fi considerată îndeplinită prin contractele depuse

Explicit s-a impus prin Fişa de date obligaţia ofertanţilor de a proba experienţa similară în furnizarea de minim 20 de produse similare (în acest sens, fiindu-le impus să facă dovada că *”a mai produs şi livrat rame electrice”*), respectiv în serviciilor de mentenanţă de rame electrice de călători în valoare de 140 mil RON (în acest sens, fiindu-le impus să demonstreze mentenanţă similară pentru rame electrice). Ambele cerinţe de experienţă similară urmau a fi demonstrate prin prezentarea unor livrări, respectiv activităţi prestate în ultimii 5 ani anteriori depunerii ofertei (adică intervalul 10.01.2018 – 27.02.2023).

Pentru ambele tipuri de cerinţe, PESA a prezentat contracte având un obiect complex, cu durate care excedează intervalului de referinţă, concret aflându-ne în situaţia în care:

- Pentru presupusa experienţă în livrarea unor produse similare, livrarea ramelor electrice, a fost prezentat un contract a cărui durată de derulare este cuprinsă între 23.08.2017⁹⁴ şi 21.01.2021, fără a se clarifica (pe baza unei întrebări adresate de către ARF) care este exact numărul de rame livrat în perioada de referinţă; nu reiese clar numărul de unităţi livrate în perioada de referinţă şi nici numărul de rame electrice livrate în această perioadă.
- Pentru presupusa experienţă similară în activităţile de mentenanţă, a fost prezentat un contract al cărui obiect include mentenanţă/întreţinere şi modernizare, aşadar şi alte activităţi (modernizare) care nu pot fi considerate relevante pentru îndeplinirea cerinţei, a căror valoare s-ar fi impus a fi scăzută din cea indicată de către ofertant pentru o evaluare corectă. Este vorba despre contractul semnat în luna mai 2018, prin care s-au reparat dar şi **modernizat** 5 rame electrice de tip E76 în

„Vizavi de nedeclararea acestei sancţiuni la nivel de DUAE, Consiliul este în asentimentul achizitoarei care a apreciat faptul că informaţiile furnizate de candidat în cadrul DUAE nu au corespuns adevărului, prin neincluderea informaţiilor publice legate de sancţiunea aplicată (...). Consiliul constată că, în mod corect şi legal, achizitoarea a apreciat că nedeclararea acestei sancţiuni în DUAE a reprezentat o completare viciată a DUAE, în condiţiile în care, candidatul era obligat să aducă la cunoştinţa ... această abatere profesională care i-a afectat integritatea, pentru a fi analizată de achizitoare prin raportare la prevederile art. 167 şi următ. din Legea nr. 98/2016, privind achiziţiile publice.”

⁹⁴ Informaţie disponibilă în ultimul paragraf din pagina 8/22 din PV 6316/05.09.2023 şi accesând link: <https://www.umwww.pl/elf2>

valoare de aproximativ 18 mil RON⁹⁵

- Totodată dacă se verifică pagina de internet a companiei PESA Mińsk Mazowiecki SA, secțiunea știri⁹⁶, se poate constata că aproape toate contractele aferente perioadei de referință semnate, fie conțin și parte de modernizare, fie se derulează pe o perioadă ulterioară lunii februarie 2023, fie sunt proiecte de restaurare. Drept urmare:
 - (1) contractul semnat în iunie 2022, în valoare de 51 mil PLN, se derulează conform grafic inițial până în decembrie 2024 și conține componentă de modernizare pe lângă partea de mentenanță. Ca atare, dacă acest contract a fost luat în considerare în calculul valorii necesar experienței similare, este imperios necesar fi considerată doar partea de întreținere și ce s-a facturat până în februarie 2023 și să se elimine partea de modernizare.
 - (2) contractul semnat în mai 2022 în valoare de 40 mil PLN se derulează conform grafic inițial până în decembrie 2023. Ca atare, dacă acest contract a fost luat în considerare în calculul valorii necesar experienței similare, este imperios necesar fi considerată doar partea de întreținere și ce s-a facturat până în februarie 2023.
 - (3) Anunțul din ianuarie 2022 se referă la modernizarea tipului ED 74 aparținând (PKP Intercity fleet – operatorul de călători din Polonia). Tot contractul respectiv fiind de modernizare și nu de mentenanță. Ca atare, dacă acest contract a fost luat în considerare în calculul valorii necesar experienței similare, este inadecvat, deoarece acest contract este doar de modernizare.
 - (4) Următorul contract din ianuarie 2022 se referă la vagoane, deci nu este acceptabil conform fișei de date.
 - (5) Următorul contract din ianuarie 2022 este o restaurare (EN 57 număr 038), iar nu mentenanță.
 - (6) contractul semnat în noiembrie 2021, în valoare de 59 mil PLN, se derulează conform grafic inițial până în mai 2023. Ca atare, dacă acest contract a fost luat în considerare în calculul valorii necesar experienței similare, este imperios necesar fi considerată doar partea de întreținere și ce s-a facturat până în februarie 2023.
 - (7) contractul semnat în septembrie 2020 în valoare de 62 mil PLN se derulează conform grafic inițial până în decembrie 2021. Acesta este unul dintre contractele ce pare că se încadrează în cerințele fișei de date.
 - (8) Următorul contract din februarie 2019 este o restaurare (EW51-36), iar nu mentenanță.
 - (9) Următorul contractul semnat în februarie 2018⁹⁷ în valoare de 12 mil PLN. Tot contractul respectiv fiind de modernizare și nu de mentenanță. Dacă acest contract a fost luat în considerare în calculul valorii necesar experienței similare, este inadecvat, deoarece acest contract este doar de modernizare.

Ofertantul nu a fost clarificat, cerința considerându-se a fi îndeplinită cu luarea în considerare a valorii unor activități care nu sunt nicidecum similare celor impuse și fără a verifica în detaliu serviciile de mentenanță/întreținere în perioada ianuarie 2018 – februarie 2023.

⁹⁵ Informație disponibilă în ultimul paragraf din pagina 8/22 din PV 6316/05.09.2023

⁹⁶ Informație disponibilă accesând link: <http://zntkmm.pl/aktualnosci/>

⁹⁷ Informație disponibilă accesând: <http://zntkmm.pl/wpis-2/> & <https://warmia.mazury.pl/rozwoj-regionu/aktualnosci/1988-zmodernizowany-pociag-bedzie-obslugiwal-regionalne-trasy>

III CONCLUZII

Măsura de declarare a ofertei PESA ca fiind admisibilă și câștigătoare se impune a fi invalidată prin admiterea contestației întrucât:

- (a) Nu au fost depuse în propunerea tehnică documentele de autorizare obligatorii pentru produsul oferat; atât autorizația tip, cât și autorizația de punere în funcțiune reprezintă documente obligatoriu a fi fost incluse în propunerea tehnică, a căror omisiune atrage respingerea ca neconformă a ofertei; nefiind autorizat, produsul oferat nu poate fi livrat în termenul declarativ indicat (de 24 de luni a primei unități) și, de altfel, nu respectă nici cerințele de evacuare a pasagerilor impuse de standardele europene;
- (b) Prin clarificările adresate PESA, ARF a permis completarea și modificarea propunerii tehnice; apte a fi condus la avantaje nepermise, clarificările adresate PESA au permis transformarea unei oferte vădit neconforme într-una desemnată câștigătoare;
- (c) Prețul neobișnuit de scăzut al mentenanței, parte relevantă a factorului de evaluare, nu a fost clarificat, fundamentat și nici susținut prin documente probatorii, astfel cum dispozițiile legale impun; consecință a unui ajutor consistent primit din partea statului polonez, prețul redus la mentenanței este nu numai nesustenabil, ci și apt să atragă respingerea ofertei dată fiind distorsionarea concurenței astfel produsă;
- (d) Abaterile grave, repetate, urmate de încetarea anticipată și penalități în contractele anterioare, atrag sancțiunea directă a excluderii atât din perspectiva existenței lor, dar în special din perspectiva omisiunii ofertantului de a le fi declarat; lipsa de transparență față de autoritatea contractantă este sancționată explicit cu excluderea și elimină posibilitatea ofertantului de a mai încerca, în prezent, să-și probeze o eventuală redobândire a credibilității;
- (e) Nici experiența similară nu a fost, de altfel, probată; contractele prezentate excedează perioadei de referință și includ în obiectul lor activități a căror valoare nu putea și nu trebuia luată în considerare; lipsa de atenție a ARF, care nu a clarificat aceste chestiuni conturează superficialitatea cu care, în realitate, această evaluare s-a realizat;
- (f) Restricționarea nejustificată a accesului la dosarul achiziției publice reprezintă în sine un abuz. ARF nu a permis analiza integrală nici măcar a proceselor-verbale de evaluare a documentelor suport DUAЕ, în contextul în care nu exista nicio declarație de confidențialitate a acestora și, cu atât mai puțin, probe prezentate în acest scop de către ofertantul PESA; conduita de acest tip este unitar sancționată în practica relevantă⁹⁸.

⁹⁸ În acest sens:

- Curtea de Apel București a stabilit, prin jurisprudența sa, că documentele de calificare nu pot fi confidențializate. În cuprinsul Deciziei nr. 232 din 28 ianuarie 2016, aceasta a reținut:

„Curtea reține că declarațiile de confidențialitate date de petenta nu sunt de natură a împiedica accesul la studiul documentelor de calificare, prin care se dovedește experiența similară. Sub pretextul ca documentele sunt confidențiale, poate fi împiedicat un ofertant să verifice dacă alt ofertant, declarat câștigător, îndeplinea cerințele de calificare, creându-se astfel posibilitatea ca un act nelegal al autorității contractante să fie exclus controlului legalității. Instanța observă că petenta a depus contracte de concesiune, de delegare a gestiunii încheiate cu autorități publice, contracte care sunt informații publice. (...) Clauza de confidențialitate are efecte între părți, însă, în momentul în care au oferat și înțeleg să depună un astfel de contract într-o procedură de achiziție, care prin natura și esența sa este publică, ofertanții nu pot invoca confidențialitatea, documentele depuse devenind publice.” (subl. ns.)

- Iar, prin Decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 5809/2017, s-a reținut că:

În contextul mai sus detaliat și fundamentat, singura măsură corectă este aceea de admitere a contestației și reevaluare a ofertei PESA, cu respectarea considerentelor decizorii corespunzătoare criticilor invocate.

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, urmează a depune, în termen de maxim 5 zile, recipisa de consemnare a cauțiunii în cuantum de 2.000.000 lei, ce urmează a fi consemnată pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

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



„La acest răspuns generalist, intervenientul nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să se demonstreze caracterul confidențial al înscrierilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora. Mai mult, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, doar informațiile din propunerea tehnică și/sau financiară pot fi declarate confidențiale de către ofertanți, nu și documentele de calificare. Analizând răspunsul SC SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, inclusiv cele declarate confidențiale de acesta.” (subl. ns.)