

Nr. înreg.: 13/14.01.2022

Către: **CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**
Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București,
Fax 021 310 4642

În atenția: **Florentina Drăgan**
Președinte

Spre știința: **MINISTERUL DEZVOLTĂRII, LUCRĂRILOR PUBLICE ȘI
ADMINISTRAȚIEI**

Strada: Libertății, nr. 16, Sector 5, București
Adresă de e-mail: mihai.bentan@mipda.ro;
Nr de telefon: +40 372111440;
Fax: +40 372111445;

Referitor la: **Procedura de achiziție publică "Achiziția de 49 tramvaie cu
lungimea cca. 18m destinate transportului public de călători"**

Anunț de participare nr. CN1022480 din data de 07.07.2020

DOAMNA PREȘEDINTE,

Subscrisa,

**procedură, în calitate de participant la procedura de achiziție anterior
rubricată,**

în contradictoriu cu:

➤ **MINISTERUL DEZVOLTĂRII, LUCRĂRILOR PUBLICE ȘI
ADMINISTRAȚIEI, cu sediul în strada Libertății, nr. 16, Sector 5,
București**

În temeiul prevederilor art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor („Legea 101/2016”), în termen legal, formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

În Procedura de achiziție publică "Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea cca. 18m destinate transportului public de călători" - Anunț de participare nr. CN1022480 din data de 07.07.2020, împotriva actelor autorității contractante: Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 și Comunicarea rezultatului procedurii nr. 688/04.01.2022,

prin care vă solicităm, în raport cu toate cele 4 loturi ale procedurii:

- a. anularea Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 și a Comunicării rezultatului procedurii nr. 688/04.01.2022, în ceea ce privește declararea ofertei Bozankaya ca neconformă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei Bozankaya din punct de vedere al admisibilității;
- b. obligarea autorității contractante la reanalizarea caracterului confidențial al:
 - I. conținutului ofertelor tehnice ale POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ SA (denumită în continuare "PESA") și ASTRA Vagoane (denumită în continuare "ASTRA"),
 - II. solicitărilor/răspunsurilor la solicitările de clarificări ale PESA și ASTRA,
 - III. grilelor de evaluare tehnică precum și a oricăror alte anexe/rapoarte întocmite de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii,precum și obligarea autorității contractante la punerea la dispoziția Bozankaya a părții neconfidențiale din cadrul tuturor acestor documente;
- c. anularea parțială a Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 în ceea ce privește declararea ofertelor PESA și ASTRA ca admisibile, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor PESA și ASTRA din punct de vedere al admisibilității;

pentru următoarele:

MOTIVE

- (1) Prin Anunțul de participare nr. CN1022480 din data de 07.07.2020, Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice Și Administrației („Autoritatea

contractantă”) a invitat operatorii economici să prezinte oferte în vederea participării la procedura de atribuire având ca obiect „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea cca. 18m destinate transportului public de călători. Procedura a fost împărțită în 4 loturi: Lot 1 – Municipiul Botoșani, Lot 2 – Municipiul Brăila, Lot 3 – Municipiul Galați, Lot 4 – Municipiul Ploiești, valoarea estimată totală a achiziției, fără TVA, fiind de 392.000.000 Lei.

- (2) Subscrisa a depus ofertă în procedura de atribuire. Potrivit Raportului Procedurii publicat de autoritatea contractantă, subscrisa s-a clasat pe locul I, fiind declarată câștigătoare.
- (3) În data de 21.09.2021 autoritatea contractantă a publicat în SEAP o contestație în conținutul căreia s-a solicitat respingerea ofertei Bozankaya ca inadmisibilă și excluderea acesteia din procedură, invocând printre altele, greșita evaluare a conformității în ceea ce privește lista materialelor periculoase și greșita evaluare a conformității în ceea ce privește afișarea defectelor și nomenclatorul defectelor.
- (4) Prin Decizia nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, CNSC a admis parțial contestația PESA, reținând cu privire la oferta subscrisei, în esență, următoarele:

- În ceea ce privește cerința referitoare la lista materialelor periculoase:

Având în vedere că nicăieri în caietul de sarcini sau în alt document al achiziției, autoritatea contractantă nu a solicitat ca lista în discuție să fie întocmită prin raportare la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE, dar și că este greu de crezut că tramvaiul în ansamblul său nu include materiale periculoase conform standardelor europene aplicabile, coroborat cu interpretarea eronată pe care autoritatea contractantă o face asupra cerințelor pe care ea însăși le-a stabilit prin caietul de sarcini pct. 6.2 – Materiale, aspect ce răzbate din punctul de vedere referitor la contestație, Consiliul determină că aceasta a acționat în evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA cu nerespectarea regulilor documentației de atribuire.

Prin urmare, nu se poate considera că evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA este finalizată, astfel încât Consiliul va admite critica contestatorului și va obliga autoritatea contractantă la analiza modului în care oferta în discuție îndeplinește prevederea caietului de sarcini de la pct. 6.2 din caietul de sarcini, referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuințate la producția tramvaielor.

Această analiză nu poate fi efectuată de Consiliu, întrucât organismul administrativ-jurisdicțional nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare în etapa de evaluare a ofertelor, anume atribuției exprese prevăzută de art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, constând în verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

- În ceea ce privește cerința referitoare la Nomenclatorul de defecte:

Aceasta fiind interpretarea cerinței în discuție, în contextul în care BOZANKAYA nu a prezentat nomenclatorul în forma solicitată în propunerea tehnică și, mai mult, a arătat în răspunsul la clarificări că îl va prezenta odată cu furnizarea primului tramvai, adică după desemnarea ofertei sale drept câștigătoare, se pune întrebarea cum a demonstrat BOZANKAYA îndeplinirea cerinței aflată în discuție.

(...)

Or, în speța de față, din lucrările membrilor comisiei de evaluare nu rezultă modalitatea în care, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a demonstrat îndeplinirea cerinței caietului de sarcini, fapt ce conduce spre concluzia încălcării, de către autoritatea contractantă, a atribuției legale de verificare expres prevăzută în sarcina sa.

(...)

Stabilind că evaluarea ofertei BOZANKAYA nu este una legală, Consiliul va admite critica contestatorului și va infirma decizia de atribuire a contractului în favoarea ofertantului menționat, pentru fiecare dintre cele 4 loturi aflate în discuție, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată cu luarea în considerare a răspunsului transmis de BOZANKAYA.

- Concluzionând, CNSC a dispus:

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2106, Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 104549/01.09.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de BOZANKAYA pentru fiecare dintre cele 4 loturi, precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând a fi obligată să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

- (5) În baza Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021, prin care a stabilit că:

Propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport cu cerințele minime din Caietul de Sarcini pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică, iar rezultatul evaluării se regăsește în procesul verbal nr. 144945 / 10.11.2021, care este parte a dosarului achiziției.

(...)

În urma evaluării propunerilor tehnice au fost declarate inacceptabile/neconforme/neadecvate de către comisia de evaluare ofertele depuse de următorii ofertanți:

(...)

BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. IML.
İTH. VE İHR. A.Ş - Loturile 1,2,3,4

Oferta este neconforma potrivit art. 137 alin.3) lit.a) din HG nr 395/2016, deoarece in cadrul ofertei tehnice depuse nu se regasesc nomenclatorul defectelor si lista materialelor periculoase.

(6) În cadrul Procesului-verbal nr. 144945 din 10.11.2021 autoritatea contractantă a menționat:

Comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertelor Bozankaya pentru loturile 1, 2, 3, 4, depuse pentru atribuirea contractului ce are ca obiect „ Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea de cca. 18 m destinate transportului public urban de călători”.

(...)

In urma primirii Deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, comisia de evaluare numita prin ordinul ministrului nr. 1599 din 10.11.2021 s-a intors in etapa de evaluare tehnica prin deblocarea sectiunilor din SEAP in vederea punerii in aplicare a Deciziei CNSC care dispunea anularea raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021, urmand sa reevalueze in cadrul ofertei BOZANKAYA cerintele privind afisarea defectelor si nomenclatorul de defecte, precum si cerinta referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase intrebuintate in constructia tramvaielor, in termen de 15 de zile de la primirea Deciziei.

In ceea ce priveste oferta depusa de catre BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. IML. İTH. VE İHR. A.Ş prin decizia nr. 2409/C2/01.11.2021, Consiliul National de Solutionare a Contestatiilor, concluzioneaza ca, in mod nelegal, autoritatea contractanta a constatat caracterul conform al propunerii tehnice depusa de BOZANKAYA, respectiv cerintele privind afisarea defectelor si nomenclatorul de defecte, precum si cerinta referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase intrebuintate in constructia tramvaielor, acestea 2 cerinte trebuind reanalizate realizate pe baza cerintelor documentatiei de atribuire si a raspunsurilor la clarificari.

Astfel, prin prezentul Proces-Verbal comisia de evaluare a procedat la revenirea in etapa de evaluare tehnica a ofertei BOZANKAYA.

Astfel in procesul de reevaluare, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei BOZANKAYA, conform anexei la prezentul proces - verbal. Conform celor de mai sus si in conformitate cu cele mentionate in Decizia CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, in urma reevaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare a concluzionat urmatoarele:

- BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. IML. İTH. VE İHR. A.Ş - Loturile 1, 2, 3, 4 - Oferta neconforma potrivit art. 137 alin.3) lit.a) din HG nr 395/2016: oferta este considerata neconforma in urmatoarele situatii - nu satisface in mod corespunzator cerintele caietului de sarcini, datorita faptului ca in oferta depusa de Bozankaya nu se regasesc nomenclatorul de defecte, precum si datorita faptului ca prin raspunsul la solicitarea de clarificari nr.39667 /30.03.2021, Bozankaya nu a dat curs solicitarii autoritatii contractante de a indica unde in propunerea sa tehnica se afla lista cu materialele periculoase. Niciieri in caietul de sarcini sau in alt document al achizitiei, autoritatea contractanta nu a solicitat ca lista in discutie sa fie intocmita prin raportare la definitia materialelor periculoase data de UNIFE.

A. Nerespectarea de către autoritatea contractantă a obligației de reevaluare a ofertei Bozankaya

(7) În conformitate cu prevederile art. 26 alin. 10 ind. 1 din Legea nr. 101/2016, în situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care

- fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării, iar în baza prevederilor art. 28 (1) Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei.
- (8) **În fapt, ca urmare a luării la cunoștință a Deciziei CNSC, autoritatea contractantă nu a realizat nicio nouă evaluare a ofertei Bozankaya.**
- (9) Simpla acțiune materială a întrunirii comisiei și a redactării unui proces verbal în care se prezintă sec și fără nicio formă de justificare suport concluzia că oferta Bozankaya este neconformă nu îndeplinește exigențele unei reale reevaluări.
- (10) Este evident la latitudinea suverană a autorității să aprecieze situația de fapt și forța probantă a unor declarații/informații prezentate în cadrul ofertei/răspunsurilor la clarificări, dar o astfel de libertate de apreciere nu poate fi absolută, cel puțin prin raportare la două elemente fundamentale:
- a. Dreptul de apreciere al autorității trebuie să fie exercitat prin asumarea obligației corelative de motivare corespunzătoare a fiecărei decizii, adică să se sprijine pe un raționament explicit, prezentat în mod clar și neechivoc, care să fundamenteze concluzia și care să permită atât ofertantului cât și unei autorități publice cu atribuții jurisdicționale să înțeleagă motivele ce au stat la baza deciziei luate, pentru corecta stabilire a legalității și temeiniciei deciziei.
- b. Decizia adoptată ca urmare a aprecierii făcute, în raport de circumstanțele concrete ale procedurii, **trebuie să respecte principiul bunei administrări și principiul proporționalității.**
- (11) Or, în raport de conținutul Raportului procedurii și al Procesului-verbal întocmite de autoritate în aplicarea Deciziei de CNSC, se observă ignorarea ambelor elemente prezentate anterior, după cum vom prezenta în cele ce urmează.
- (12) În ceea ce privește **obligația de motivare**, jurisprudența CJUE a stabilit (spre exemplu la pct. 120 din Cauza C 927/19 UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras) că autoritatea contractantă trebuie să se conformeze principiului general de drept al Uniunii referitor la o bună administrare, care implică cerințe pe care statele membre trebuie să le respecte atunci când pun în aplicare dreptul Uniunii (Hotărârea din 9 noiembrie 2017, LS Customs Services, C-46/16, EU:C:2017:839, punctul 39 și jurisprudența citată). Printre aceste cerințe, **obligația de motivare a deciziilor adoptate de autoritățile naționale are o importanță deosebită, întrucât permite destinatarului acestor decizii să își apere drepturile și să decidă în deplină cunoștință de cauză dacă este util să formuleze o cale de atac jurisdicțională împotriva acestora.** Această obligație este de asemenea necesară pentru a permite instanțelor să exercite controlul de legalitate a deciziilor menționate și constituie, așadar, una dintre condițiile **efectivității controlului jurisdicțional** garantat de articolul 47 din cartă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 octombrie 1987, Heylens și alții, 222/86,

-
- EU:C:1987:442, punctul 15, Hotărârea din 9 noiembrie 2017, LS Customs Services, C-46/16, EU:C:2017:839, punctul 40, precum și Hotărârea din 15 iulie 2021, Comisia/Landesbank Baden-Württemberg și SRB, C-584/20 P și C-621/20 P, EU:C:2021:601, punctul 103).
- (13) În legătură cu declararea ofertei ca neconformă prin raportare la cerința listei materialelor periculoase, observăm că CNSC a subliniat două aspecte: în primul rând că CNSC nu se poate substitui atribuțiilor comisiei în ceea ce privește verificarea conformității propunerii tehnice, iar în al doilea rând că nu se poate considera că evaluarea ofertei Bozankaya este finalizată.
- (14) În ciuda tuturor acestor considerente, autoritatea contractantă, în cadrul așa-zisei reevaluări, declară oferta Bozankaya neconformă (în ce privește cerința listei materialelor periculoase) folosind ca unică explicație fraza:
"prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 39667/30.03.2021, Bozankaya nu a dat curs solicitării autorității contractante de a indica unde în propunerea sa tehnică se află lista cu materiale periculoase. Nicăieri în caietul de sarcini sau în alt document al achiziției, autoritatea contractantă nu a solicitat ca lista în discuție să fie întocmită prin raportare la definiția materialelor periculoase dată de UNIFE."
- (15) Aparent, lipsa unui răspuns al Bozankaya ar fi la baza deciziei autorității, dar acest lucru nu corespunde realității, deoarece Bozankaya a indicat în răspunsul său în mod clar că:
"După cum am declarat și confirmat în propunerea tehnică (pag. 11, 16-17) și declarațiile D18 (pag 17) și D13 (pag 12), la proiectarea și producția tramvaielor ofertate nu se folosesc materiale din categoria celor periculoase conform clasificării UNIFE (Asociația Industriei Feroviare Europene) și reglementarilor în vigoare, materialele utilizate îndeplinind condițiile de protecție împotriva incendiilor, cerințele de protecție a mediului și a sănătății persoanelor, conform reglementarilor în vigoare."
- (16) Se observă că Bozankaya nu a ocolit furnizarea unui răspuns, ci a întărit formularea existentă deja în ofertă, declarând că nu se folosesc materiale din lista celor periculoase. Prin raportare la această declarație a ofertantului, și ținând cont și de referințele din Decizia CNSC referitoare la punerea sub semnul întrebării a posibilității ca tramvaiul să nu conțină niciun material periculos, autoritatea contractantă în reevaluare ar fi trebuit să adopte, ca măsuri proporționale situației de fapt, fie conduita solicitării de dovezi concrete care să probeze absența materialelor periculoase (caz în care Bozankaya era pregătit să depună declarațiile producătorilor de materiale și subansamble utilizate, care confirmau în mod expres absența materialelor periculoase), fie conduita de respingere motivată a susținerilor ofertantului, prin care să argumenteze de ce consideră ca neconformă oferta pentru că aceasta nu conține materiale periculoase.
-

-
- (17) În loc de o analiză reală a situației prezenței/absenței unor materiale periculoase în componența tramvaiului, autoritatea contractantă a ignorat vădit răspunsul la clarificări și nici nu a mai considerat necesar să inițieze vreo formă de clarificare suplimentară.
- (18) Un argument suplimentar în sensul conduitei ilicite a autorității în realizarea reevaluării ofertei Bozankaya ține și de practica anterioară a autorității contractante care a solicitat în cadrul altor proceduri de achiziție anterioare finalizate cu succes (cum ar fi procedura "Achiziția de 17 tramvaie de cca. 25m destinate transportului public de călători", declanșată prin Anunțul de participare CN1017938 din 25.12.2019) cerințe similare privind lista materialelor periculoase, cerințe pe care Bozankaya le-a respectat prin declarații similare referitoare la lipsa materialelor periculoase prin referire la UNIFE, oferta Bozankaya fiind analizată și declarată conformă. Evident că practica autorității nu este izvor de drept, dar considerăm că în aplicarea Deciziei CNSC de reevaluare a ofertei, autoritatea contractantă cu atât mai mult ar fi trebuit să motiveze detaliat de ce ceea ce anterior acceptase drept conform, în prezent consideră ca fiind caz de neconformitate (respectiv absența materialelor periculoase din procesul de producție a tramvaiului).
- (19) În plus, autoritatea contractantă continuă să considere chiar și după așa-zisa reevaluare drept conforme toate celelalte referințe la UNIFE din oferta Bozankaya (vezi în acest sens cerințele de la pag. 30, 40 și 43 – primul rând, din Procesului-verbal nr. 144945 din 10.11.2021), fapt ce denotă o încălcare a principiului tratamentului egal.
- (20) În legătură cu declararea ofertei ca neconformă prin raportare la cerința listei materialelor periculoase, autoritatea contractantă, în cadrul așa-zisei reevaluări, declară oferta Bozankaya neconformă folosind ca unică explicație fraza:
"datorită faptului că în oferta depusă de Bozankaya nu se regăsește nomenclatorul de defecte."
- (21) Nici acest lucru nu corespunde realității, deoarece Bozankaya a inclus în oferta sa tehnică în mod clar documentul intitulat "Nomenclatura defectărilor", la pag. 308 din Anexa la Propunerea Tehnică:

Nomenclatura defecțiunilor

Clasa de defecțiune	Acțiune
	Vehiculul trebuie tratat la depozit.
B	Evacuați pasagerii în prima stație. Vehiculul trebuie tratat la depozit.
C	Continuați lucrările de service normale. Defecțiune minoră.

Pentru fiecare clasă de eșec; detaliile listei de defecțiuni vor fi stabilite și se vor aplica sistemului de diagnosticare după aprobarea clientului.

- (22) Este adevărat că includerea, în mod nefericit, în răspunsul la clarificările solicitate pe acest subiect (răspuns extensiv și detaliat, pe parcursul a mai multor pagini) a formulării "nomenclatorul de defecte în limba română va fi furnizat odată cu primul tramvai livrat, împreună cu celelalte documente solicitate" este de natură a crea confuzie privind existența sau nu a acestui nomenclator la momentul ofertării, dar precizăm că această frază a fost inclusă doar ca o formă de întărire a asumării obligației de prezentare a Nomenclatorului, și nu s-a intenționat o tergiversare a momentului prezentării acestuia până după semnarea contractului.
- (23) De asemenea, considerăm că în contextul reevaluării autoritatea contractantă putea verifica coroborat toate aceste informații (inclusiv prin intermediul unei solicitări suplimentare de clarificare).
- (24) Chiar dacă decidea să nu mai solicite clarificări, autoritatea contractantă ar fi trebuit să motiveze, în reevaluare, de ce documentul cu titlul "Nomenclatura defectelor" prezentat de Bozankaya chiar la momentul ofertării nu (mai) îndeplinește condițiile documentației de atribuire pentru a fi acceptat ca și "Nomenclator de defecte" corespunzător cerințelor caietului de sarcini.
- (25) O astfel de conduită a autorității contractante considerăm că încalcă simultan principiul bunei administrări și principiul proporționalității, așa cum a stabilit jurisprudența CJUE, spre exemplu în Cauza T 195/08 Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene:

"56 . Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care Comisia are cunoștință, arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A

i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T 211/02, Rec., p. II 3781, punctele 37 și 38).

57. Mai mult, **principiul proporționalității** impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, punctul 60). **Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56 de mai sus, punctul 43).**"

B. Acceptarea/declararea nelegală de către autoritatea contractantă a caracterului confidențial al unor documente și limitarea nejustificată a accesului la dosarul achiziției

(26) Articolul 1 din Directiva 89/665, intitulat „Domeniul de aplicare și disponibilitatea căilor de atac”, prevede:

„(1) „Prezenta directivă se aplică în cazul contractelor menționate în Directiva [2014/24], cu excepția cazului în care aceste contracte sunt excluse în conformitate cu articolele 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 și 37 din directiva menționată.

[...]

Statele membre adoptă măsurile necesare pentru a se asigura că, în ceea ce privește contractele care intră sub incidența Directivei 2014/24/UE sau a Directivei 2014/23/UE, **deciziile autorităților contractante pot face obiectul unei proceduri de contestare eficace și, mai ales, cât mai rapide posibil, în conformitate cu condițiile stabilite la articolele 2-2f din prezenta directivă, pentru motivul că deciziile respective au încălcat dreptul Uniunii în domeniul achizițiilor publice sau normele de drept intern care transpun respectivele prevederi comunitare.**

-
- (27) Directiva 89/665 în versiunea sa inițială, anterior modificărilor aduse prin Directiva 2014/23, a făcut obiectul unor modificări prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 (JO 2007, L 335, p. 31), pentru a ameliora eficacitatea căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. Considerentul (36) al acestei directive enunța că aceasta respectă drepturile fundamentale, principiile recunoscute în special de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „carta”) și urmărește în special să asigure **respectarea deplină a dreptului la o cale de atac eficace și la o audiere echitabilă, în conformitate cu articolul 47 primul și al doilea paragraf din cartă.**
- (28) Art. 21 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE reglementează dreptul operatorului economic participant la o procedură de atribuire de a declara anumite informații din cuprinsul documentelor prezentate ca fiind confidențiale. Respectivul drept nu se poate, însă, exercita în mod nelimitat, ci privește doar acele informații în legătură cu care se justifică păstrarea confidențialității cum ar fi, cu titlu de exemplu, secretele tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale ale ofertelor.
- (29) Art. 57 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice transpune ca atare dispozițiile directivei menționate anterior și impune autorității contractante obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, în măsura în care respectivele informații reprezintă, cu titlu de exemplu, secrete tehnice sau comerciale precum sau elementele confidențiale ale ofertelor. În dezvoltarea acestor dispoziții, normele de aplicare precizează la art. 123 alin. 1 din HG nr. 395/2016 că ofertantul trebuie să indice motivat, în cuprinsul ofertei, care informații din propunerea tehnică și/ sau financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.
- (30) Art. 57 alin. 4 din Legea nr. 98/2016 detaliază condițiile de adoptare a deciziei de declarare a confidențialității unor documente, după cum urmează:
- ”Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1).”*
-

- (31) Prin urmare, considerăm că articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în contextul său, coroborat cu art. 57 din Legea nr. 98/2016, nu încredințează exclusiv operatorului economic funcția de a specifica, după cum consideră de cuviință, informațiile care trebuie calificate drept confidențiale. Cererea sa motivată în această privință – indispensabilă, dacă dorește să limiteze publicarea informațiilor pe care el însuși le furnizează – este supusă deciziei ulterioare a autorității contractante (și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acesteia).
- (32) Protecția informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale, trebuie asigurată prin concilierea sa cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.
- (33) În paralel cu reglementarea dreptului operatorului economic de a declara confidențiale anumite informații prezentate în procedură, legislația specifică reglementează dreptul ofertanților participanți la procedura de atribuire de a contesta actele nelegale emise de autoritatea contractantă. Pentru a putea să exercite respectivul drept, ofertanții trebuie să aibă posibilitatea de a cunoaște, între altele, motivele pentru care o ofertă a fost declarată câștigătoare. În acest context, art. 217 alin. 6 din Legea nr. 98/2016 prevede că autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant la raportul procedurii de atribuire și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, precum și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală. Cum declararea drept confidențiale a unor informații nu se poate realiza în mod nejustificat, art. 19 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac permite accesul participaților la procedură la documente declarate confidențiale în măsura în care operatorul economic care a procedat la indicarea documentelor ca fiind confidențiale nu demonstrează caracterul confidențial al acestora.
- (34) Din coroborarea dispozițiilor enunțate rezultă faptul că sunt protejate sub aspectul confidențialității numai anumite informații din cuprinsul documentelor depuse în procedura de atribuire și nu totalitatea documentelor prezentate. Cu alte cuvinte, nu pot fi declarate confidențiale ofertele tehnice și financiare în integralitatea lor, ci doar anumite informații din acestea care, dacă ar ajunge la cunoștința competitorilor, ar vătăma interesele și drepturile ofertantului.
- (35) Cu privire la situația în care un ofertant contestă ca nelegală atribuirea contractului altui ofertant, o cauză de referință rămâne Varec (C-450/06, Varec împotriva Statului Belgian), în cadrul căreia întrebările adresate Curții de Justiție au fost ocazionate de necesitatea de a se clarifica cum

se conciliază dreptul ofertantului care se consideră vătămat de a contesta actele considerate nelegale cu dreptul ofertantului a cărui ofertă se contestă de a păstra confidențiale anumite informații. În acest context se observă că ofertantul care contestă atribuirea contractului către un alt ofertant trebuie să cunoască cât mai multe informații din oferta declarată câștigătoare pentru a argumenta contestația, iar, în egală măsură, este posibil, ca divulgarea unor informații din oferta contestată să fie vătămătoare. Punând în balanță aceste aspecte Curtea a statuat după cum urmează:

"38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori.

(...)

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. I-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil. "

- (36) În același sens, CJUE a stabilit, în Cauza C 927/19 UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, că **principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții jurisdicționale efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu** (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, punctele 51 și 52, precum și jurisprudența citată). În acest sens, se precizează în Cauza C927/19 că:

"122. Pentru a evalua comparativ interdicția prevăzută la articolul 21 alineatul (1) din Directiva 2014/24 de a divulga informațiile confidențiale comunicate de operatorii economici și principiul general de drept al Uniunii la o bună administrare, din care decurge obligația de motivare, o autoritate contractantă trebuie să menționeze în mod clar motivele pentru care consideră că

informațiile la care se solicită accesul sau cel puțin unele dintre ele sunt confidențiale.

123. În plus, această evaluare comparativă trebuie să țină seama de faptul că, **în lipsa unor informații suficiente** care să îi permită să verifice dacă decizia autorității contractante privind atribuirea contractului în cauză unui alt operator este afectată de eventuale erori sau nelegalități, **un ofertant respins nu va avea posibilitatea, în practică, să se prevaleze de dreptul său la o cale de atac eficientă, prevăzută la articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665, împotriva unei asemenea decizii, nici în cadrul unei căi de atac la autoritatea contractantă, în conformitate cu alineatul (5) al aceluiași articol, nici în cadrul unei căi de atac judiciare.** Prin urmare, pentru a nu încălca acest drept, autoritatea contractantă trebuie nu numai să își motiveze decizia de a trata anumite date ca fiind confidențiale, ci trebuie de asemenea să comunice într-o formă neutră, pe cât posibil și în măsura în care o astfel de comunicare este de natură să mențină caracterul confidențial al elementelor specifice ale acestor date pentru care este justificată o protecție în acest temei, conținutul esențial al acestora unui asemenea ofertant care le solicită și în special conținutul datelor privind aspectele determinante ale deciziei sale și ale ofertei reținute.

124. Astfel, **obligatia autorității contractante de a proteja informațiile considerate confidențiale ale operatorului economic căruia i-a fost atribuit contractul de achiziții publice nu trebuie interpretată atât de extins încât să golească obligația de motivare de conținutul său** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 iulie 2021, Comisia/Landesbank Baden Württemberg și SRB, C 584/20 P și C 621/20 P, EU:C:2021:601, punctul 120) și să lipsească de efect util **articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665, care stipulează în special obligația statelor membre de a prevedea căi de atac eficiente.** În acest scop, autoritatea contractantă poate, în special și în măsura în care dreptul național căruia îi este supusă nu i se opune, să comunice într-o formă rezumată anumite aspecte ale unei candidaturi sau ale unei oferte, precum și caracteristicile tehnice ale acestora, astfel încât informațiile confidențiale să nu poată fi identificate.

(...)

127. În ceea ce privește obligațiile care revin instanței naționale competente în cadrul unei căi de atac jurisdicționale îndreptate împotriva unei decizii a autorității contractante de a respinge, în tot sau în parte, o cerere de acces la informațiile transmise de operatorul a cărui ofertă a fost reținută, trebuie amintit de asemenea că **articolul 1 alineatele (1) și (3) din Directiva 89/665,**

care este destinat să protejeze operatorii economici împotriva arbitrarului autorității contractante, **urmărește să asigure existența în toate statele membre a unor căi de atac eficiente pentru garantarea aplicării efective a normelor Uniunii în domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, în special într-un stadiu în care încălcările mai pot fi corectate (a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 septembrie 2016, Star Storage și alții, C 439/14 și C 488/14, EU:C:2016:688, punctul 41 și jurisprudența citată).**

128 Astfel, statele membre le revine obligația de a adopta modalitățile procedurale aplicabile căilor de atac în justiție menite să asigure protecția drepturilor conferite de dreptul Uniunii candidaților și ofertanților lezați prin decizii ale autorităților contractante, așa încât să se asigure că nu se aduce atingere nici eficacității Directivei 89/665, nici drepturilor conferite particularilor de dreptul Uniunii. În plus, așa cum reiese din considerentul (36) al acesteia, Directiva 2007/66 și, prin urmare, Directiva 89/665, pe care a modificat-o și a completat-o, urmăresc să asigure **respectarea deplină a dreptului la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil, consacrat la articolul 47 primul și al doilea paragraf din cartă** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 15 septembrie 2016, Star Storage și alții, C 439/14 și C 488/14, EU:C:2016:688, punctele 42-46, precum și jurisprudența citată). În consecință, atunci când definesc modalitățile procedurale ale căilor de atac în justiție, statele membre trebuie să garanteze respectarea acestui drept. Astfel, în pofida lipsei din dreptul Uniunii a unor norme referitoare la modalitățile căilor de atac în fața instanțelor naționale și pentru a determina intensitatea controlului jurisdicțional al deciziilor naționale adoptate în temeiul unui act din dreptul Uniunii, trebuie să se țină seama de finalitatea acestuia și să se asigure faptul că nu se aduce atingere eficacității sale (Hotărârea din 26 iunie 2019, Craeynest și alții, C 723/17, EU:C:2019:533, punctul 46, precum și jurisprudența citată).

(...)

135 **Instanța națională competentă trebuie să controleze de asemenea caracterul suficient al motivării deciziei prin care autoritatea contractantă a refuzat să divulge informațiile confidențiale sau al celei prin care a respins calea de atac administrativă formulată împotriva deciziei prealabile de refuz, pentru a permite, conform jurisprudenței menționate la punctul 120 din prezenta hotărâre, pe de o parte, reclamantului să își apere drepturile și să decidă în deplină cunoștință de cauză dacă este necesară introducerea unei căi de atac jurisdicționale împotriva acestei decizii și, pe de altă parte, instanțelor să exercite controlul legalității acesteia din urmă. Pe de altă parte, având în vedere prejudiciul care ar putea rezulta, pentru**

un operator economic, din comunicarea nelegală a anumitor informații către un concurent, instanței naționale competente îi revine sarcina de a concilia dreptul la o cale de atac efectivă, în sensul articolului 47 din cartă, al solicitantului cu dreptul la protecția informațiilor cu caracter confidențial al acestui operator."

- (37) Din ansamblul jurisprudenței invocate rezultă un număr de repere privind declararea unor informații prezentate într-o procedură de atribuire ca fiind confidențiale:
- (i) orice declarație de confidențialitate nu poate avea caracter generic și nu poate să privească ansamblul ofertei;
 - (ii) simpla declararea a unor informații ca fiind confidențiale nu produce efecte în lipsa unor justificări obiective;
 - (iii) dreptul de a păstra anumite informații confidențiale nu se poate exercita de o manieră absolută;
 - (iv) instanța de judecată are obligația de a analiza și aprecia asupra caracterului confidențial al unor informații;
 - (v) în aprecierea justificării caracterului confidențial al unor informații instanța va trebui să pună în balanță mai multe elemente: identificarea consecințelor prejudiciabile pe care divulgarea este susceptibil să le producă asupra intereselor ofertantului, existența unei protecții specifice a unor drepturi, necesitatea de a asigura protecția juridică efectivă și dreptul la apărare al ofertanților care se consideră prejudiciați, îndeplinirea obligației de transparență de către autoritatea contractantă.
- (38) Pe acest subiect s-a pronunțat, în același sens, și Agenția Națională pentru Achiziții Publice, răspunzând la o întrebare privind confidențialitatea : *„Potrivit prevederilor art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile. Astfel, din prevederile sus-citate se desprind următoarele concluzii: **operatorul economic are dreptul de a declara confidențiale doar anumite informații/părți din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare, dar are obligația de a justifica caracterul confidențial al acestora.**”*
- (39) Or, în cazul de față, autoritatea contractantă a permis ofertanților PESA și ASTRA să exercite în mod nelimitat dreptul de a declara confidențiale toate elementele ofertelor, fără a solicita operatorului economic să probeze caracterul confidențial al acestor informații.
- (40) În concluzie, se observă că informațiile nu pot fi menținute confidențiale doar prin simpla atașare a unei solicitări a ofertantului în acest sens. Ofertantul care invocă confidențialitatea unor informații trebuie să arate prin orice mijloc de probă caracterul prejudiciabil al divulgării sau protejarea specifică a informației.

Confidențialitatea unor documente nu se poate invoca cu scopul ascuns de a îngreuna sau face imposibilă identificarea neregulilor din cadrul ofertei sau altor documente relevante în procedura de atribuire.

- (41) Față de acest aspect, solicităm accesul la toate informațiile pentru care nu se justifică caracterul confidențial din cadrul ofertei, urmând ca în funcție de documentele puse la dispoziție să detaliem motivele de contestație.

C. Ofertele PESA și ASTRA sunt inadmisibile

- (42) Solicităm respingerea ofertei depuse de către PESA ca fiind neconformă, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, conform art.134 alin (3) litera a) din HG 395/2016:

„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;”

- (43) Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 2 alin (2) litera b) din Legea 98/2016, creând un avantaj ofertantului PESA, fapt nepermis de către legislația în materia achizițiilor publice (art. art. 209 alin (3) din Legea 98/2016).

- (44) Subscrisa învederează următoarele neconformități ale ofertei PESA care se impun a fi analizate în virtutea principiului egalității de tratament și care justifică respingerea acestei oferte:

(i) PESA nu a prezentat în conformitate cu Cerințele Capitolului 5, „Desenele organizării interioare, care vor indica dispunerea scaunelor, a ușilor, a butoanelor pentru solicitarea opririi, a geamurilor, a ieșirilor de siguranță și a poziționării rampei pentru accesul nelimitat al persoanelor care se deplasează cu căruciorul rulant, a locurilor rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și a femeilor însărcinate, a echipamentelor pentru validarea biletelor etc. ” și nici „Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, detaliat”

(ii) PESA nu a justificat îndeplinirea Cerinței pentru desen organizarea funcțională a spațiului interior, astfel cum este detaliată în Capitolul 4 Descrierea generală constructivă a tramvaielor:

„.....Tramvaiele trebuie să aibă cel puțin un loc marcat corespunzător pentru cărucior de copii și un loc rezervat căruciorului rulant pentru persoanele cu dizabilități locomotorii. Tramvaiele trebuie să aibă cel puțin 4 (patru) locuri marcate corespunzător rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă sau femei însărcinate situate în apropierea ușilor duble.”

precum și în Capitolul 5 Documentație:

"Documentația de ofertă va conține obligatoriu și următoarele documente în copie cu semnătură electronică extinsă: (...)

- Desenele organizării interioare, care vor indica dispunerea scaunelor, a ușilor, a butoanelor pentru solicitarea opririi, a geamurilor, a ieșirilor de siguranță și a poziționării rampei pentru accesul nelimitat al persoanelor care se deplasează cu căruciorul rulant, a locurilor rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și a femeilor însărcinate, a echipamentelor pentru validarea biletelor etc.",

Prin Clarificarea nr. 39667/30.03.2021 s-au solicitat următoarele:

"Va rugam sa specificați in mod expres unde sunt marcate corespunzător locurile pentru cărucior de copii și să modificați denumirea de "radier" fiind in neconcordanță cu subiectul abordat".

În mod evident, prin modul de redactare, PESA confirmă înțelegerea și asumarea integrală a cerinței din Cap. 4 în care este detaliată foarte clar cerința privind zonele marcate/rezervate din tramvai, dar își maschează omisiunea de prezentare în cadrul ofertei a unui desen elaborat conform cerințelor de la Cap. 5 conferind o interpretare în mod voit eronată a cerinței, prin faptul că nu a fost expres menționat de către autoritatea contractanta ca trebuia propriu-zis marcat, ignorând de asemenea că lista de exemple nu este limitativă, ci este în conformitate cu prevederile aplicabile zonei marcate/zonelor rezervate din tramvai descrise în caietul de sarcini.

(iii) În cadrul ofertei, PESA nu a îndeplinit cerința expresă a documentației de atribuire de a prezenta „fișa echipamentului de protecție care trebuie să fie de serie”. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, PESA își modifică încă o dată oferta și depune fișa cu privire la tipul de echipament de protecție utilizat împotriva supratensiunilor care ar fi trebuit să facă parte integrantă din ofertă.

Astfel, în Cap.8.2 Condiții speciale se menționează:

*"Tramvaiele trebuie să fie dotate cu protecție la suprasarcină accidentală, supracurenți și supratensiuni și protecția respectivă să nu deterioreze echipamentele învecinate, atunci când acestea intră în acțiune. Protecția trebuie să aibă o capacitate de rupere de peste 20 kA, trebuie să fie nepolarizată, cu timp de deschidere de maxim 3,5 ms, tensiune nominală minimă de 900 V, curent nominal minim de 500 A, tensiune nominală de izolare 3.000 V, cu carcasă izolată față de masă. **Se va prezenta fișa echipamentului de protecție care, trebuie să fie de serie;**"*

Prin clarificarea nr.93989 din 04.08.2021 s-a precizat:

"Având în vedere cerințele cap. 8.2 "Se va prezenta fișa echipamentului de protecție care trebuie să fie de serie" va rugăm să ne prezentați fișa echipamentului de protecție, care trebuie să fie de serie."

Răspunsul ofertantului PESA din 5.08.2021 a fost:

"Menționăm că tramvaiele oferite vor folosi drept echipament de protecție întreruptoarele de circuit CC de tip UR10 (echipament de serie) și în acest sens vă transmitem, conform celor solicitate, fișa aferentă a echipamentului de protecție anexa ..."

Simpla menționare a faptului că tramvaiele a faptului ca tramvaiele oferite folosesc echipament de protecție cu specificațiile minime solicitate în caietul de sarcini nu este suficientă pentru definirea tuturor informațiilor aferente protecției la suprasarcină/echipamentului de protecție. Deși prezentarea unei fișe tehnice cu specificații detaliate a echipamentului de protecție (în ansamblul său) era obligatorie pentru dovedirea modului de îndeplinire a tuturor cerințelor din cadrul Cap. 8.2, cu toate acestea PESA nu a furnizat în cadrul ofertei sale o astfel de fișă tehnică corespunzătoare tuturor cerințelor solicitate.

În concluzie, PESA nu a depus în cadrul ofertei documentul solicitat în mod expres în caietul de sarcini, lucru confirmat și de mențiunea prin care PESA și-a asumat depunerea respectivului abia odată cu livrarea primului tramvai a documentului solicitat a fi prezentat în cadrul ofertei, recunoscând astfel că la momentul ofertării nu a depus documentul respectiv.

Fragmentul din oferta PESA respectiv este următorul:

<p>masă. Se va prezenta fișa echipamentului de protecție care trebuie să fie de serie.</p> <p>✓ Tramvaiele trebuie să fie dotate cu toate instalațiile de siguranță a circulației conform normelor în vigoare (Regulamentul UE nr. 19/2011) [84];</p> <p>✓ Componentele electrice trebuie să fie protejate împotriva supratensiunilor provocate de comutare sau fenomenelor atmosferice;</p> <p>✓ Supratemperatura (definită ca diferența dintre temperatura măsurată pe carcasa echipamentului după 8 ore de funcționare și temperatura atmosferică) pentru agregatele și dispozitivele din tramvai, nu trebuie să depășească 45 °C;</p> <p>✓ Nu trebuie să treacă prin circuitul principal de protecție al bateriei de acumulatori următoarele instalații (aceste circuite trebuie să fie protejate individual ca</p>	<p>nepolarizată, cu timp de deschidere de maxim 3,5 ms, tensiune nominală minimă de 900 V, curent nominal minim de 500 A, tensiune nominală de trotare 3.000 V, cu carcasă izolată față de masă. Se va prezenta odată cu livrarea primului tramvai fișa echipamentului de protecție care va fi de serie.</p> <p>J Tramvaiele va fi dotate cu toate instalațiile de siguranță a circulației conform normelor în vigoare (Regulamentul UE nr. 19/2011) [84];</p> <p>J Componentele electrice va fi protejate împotriva supratensiunilor provocate de comutare sau fenomenelor atmosferice;</p> <p>J Supratemperatura (definită ca diferența dintre temperatura măsurată pe carcasa echipamentului după 8 ore de funcționare și temperatura atmosferică) pentru</p>
---	--

Atât din modul în care este formulată clarificarea de către autoritatea contractantă, precum și din răspunsul ofertantului reiese în mod neechivoc faptul că documentul solicitat nu a fost depus de PESA în cadrul ofertei și astfel cerința nu putea fi îndeplinită corespunzător.

(iv) Modul de prezentare a propunerii tehnice PESA, reflecta faptul ca PESA nu a respectat cerința de completare a propunerii tehnice prin comentarii - articol cu articol - ale specificațiilor tehnice conținute în Caietul de Sarcini, ci a preluat identic conținutul cerinței din formularul de propunere tehnica al autorității contractante și l-a transpus în conținutul propunerii tehnice proprii. De aceea, există în oferta PESA **inadvertente majore referitoare la includerea ca referința proprie în propunerea tehnica a unor anexe inexistente**, deoarece aceste anexe reprezintă anexe ale beneficiarului, cum ar fi denumirea procesului verbal de recepție al beneficiarului, fiind preluate în mod superficial prin copiere ad-literam, ofertantul preluând chiar și formatarea textului autorității contractante.

Propunerea tehnica a ofertantului PESA este un formular "în oglinda" și nu o soluție personalizată la cerințele tehnice ale caietului de sarcini, în special la elementele considerate de importanță critică în construcția tramvaiului care vizează siguranța pasagerilor (sistem de frânare, boghiuri, echipament de protecție la supratensiuni, caroserie etc)

Ofertantul preia prin copiere ad-literam chiar și sintagma "sau soluții echivalente" care nu ar trebui să apară în cadrul soluției sale tehnice, deoarece trebuie să prezinte o propunere tehnica concretă și nu toate soluțiile alternative acceptate de autoritatea contractantă în cadrul unei cerințe.

Un exemplu relevant se observă în conținutul clarificării din adresa cu nr. 85656/15.07.2021 așa cum reiese din conținutul solicitării de clarificări care este parte din Anexa 2 la PV de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 96133 din 10.08.2021, respectiv:

"Având în vedere prevederile caietului de sarcini la cap. 11.1 „condiții de verificare a calității”, ținem să menționăm faptul că nu se regăsește Anexa 2 (<Încercările la care vor fi supuse tramvaiele și metodele de verificare pentru determinarea condițiilor de verificare a calității>)"

(45) Solicităm respingerea ofertei depuse de către ASTRA Vagoane pentru neconformitățile/neregularitățile prezentate în cele ce urmează.

(46) ~~ASTRA Vagoane și-a modificat în mod repetat oferta atunci când a răspuns la solicitările de clarificări, astfel:~~

(i) deși inițial nu au fost indicate ieșirile de siguranță și locurile rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și pentru femeile însărcinate, astfel cum impun cerințele capitolului 5 din Documentația de atribuire:

"Având în vedere cerințele cap. 5 Documentație și răspunsul dvs., vă rugăm să clarificați modalitatea de îndeplinire a

cerinței având în vedere ca în anexa către care ați făcut trimitere nu sunt indicate ieșirile de siguranță și locurile rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și a femeilor însărcinate.”

ulterior, această omisiune din ofertă a fost acoperită de către ASTRA prin răspunsul la clarificarea nr. 85656/15.07.2021, care constituie o modificare evidentă a ofertei, cu încălcarea principiului tratamentului egal.

(ii) nu au fost depuse în cadrul ofertei ASTRA toate desenele solicitate în capitolul 5 al caietului de sarcini:

”Cap. 5 – Documentație

Documentația de ofertă va conține obligatoriu și următoarele documente în copie cu semnătură electronică extinsă:

(...) Desene cu vederea în plan (frontal, spate, lateral, de sus, interior) a tramvaielor, cu indicarea cotelor principale și a gârzii la sol;”

Autoritatea contractantă a precizat în Clarificare nr. 85656/15.07.2021:

„Având în vedere cerințele cap. 5 Documentație și răspunsul dvs., va rugăm să clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței având în vedere că anexa către care ați făcut trimitere nu conține toate desenele enumerate atât în cerința, cât și în răspunsul dvs.”

Anexa 2 (nr. 85654/15.07.2021) la PV de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 96133 din 10.08.2021 prevede în legătură cu acest aspect următoarele:

”Comisia de evaluare a identificat în Anexa tehnică 4 Desene cu indicarea principalelor cote. Anexa conține un desen lateral și unul cu dispunerea interioară a scaunelor pentru pasageri.”

Având în vedere că în mod expres prin caietul de sarcini au fost solicitate desene cu indicarea cotelor principale pentru vedere frontală, de sus și din spate a tramvaiului, autoritatea contractantă prin cererea de clarificare a evidențiat în mod expres că în anexele ofertei indicate pentru îndeplinirea cerinței nu se regăsesc desenele respective.

În concluzie, neprezentarea acestora constituie neîndeplinirea corespunzătoare a cerinței obligatorii a caietului de sarcini, iar transmiterea ulterioară, la solicitarea autorității contractante nu reprezintă o completare formală, ci constituie o modificare a ofertei tehnice, prin transmiterea de noi documente, cu încălcarea principiului tratamentului egal.

(iii) deși inițial nu au fost prezentate detaliat Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, cu indicarea fiecărei comenzi, buton și

a indicatorilor de bord, ulterior acest aspect a fost modificat prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

În acest sens, prin solicitarea de clarificare nr. 85656/15.07.2021 s-a precizat

“Având în vedere cerințele cap. 5, va rugam:

- sa identificați în cadrul anexei schema de principiu a instalației electrice*
- sa retransmiteți paginile 250-259, traduse autorizat în limba română*
- Va rugam sa prezentați detaliat Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord.”*

Asupra cerinței din solicitarea de clarificări privind detalierea “Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord”, autoritatea contractantă a revenit cu aceeași solicitare și printr-o altă solicitare de clarificări, nr. 90634/28.07.2021, astfel:

“ a) Va rugam sa prezentați detaliat Amenajarea postului de conducere și a tabloului de bord, cu indicarea fiecărei comenzi/buton și a indicatorilor de bord.”

Aspectul privind faptul ca răspunsul ofertantului ASTRA la solicitarea din clarificare nr. 85656/15.07.2021 nu a fost concludent se regăsește în Anexa 4 (nr. 90632 din 28.07.2021) la PV de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 96133 din 10.08.2021), autoritatea contractanta considerând necesare clarificări suplimentare pentru aceeași cerința.

În concluzie, nici în ceea ce privește respectarea acestei cerințe, oferta ASTRA, nu îndeplinește prevederile caietului de sarcini, ASTRA modificând prin răspunsul la clarificări oferta depusă, cu încălcarea principiului egalității de tratament.

- (47) Atribuirea unui contract de achiziție publică se realizează, conform Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prin promovarea unui cadru concurențial, în condiții de tratament egal între operatorii economici participanți la procedura de atribuire.
- (48) În conformitate cu prevederile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.
- (49) Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

-
- (50) În concluzie, vă rugăm să aveți în vedere și faptul ca, la pag. 5, in formularul tehnic, se specifica: "(...) Achizitorul își rezervă dreptul de a respinge orice ofertă ca neconformă, în cazul în care ofertantul prezintă în propunerea tehnică soluții tehnice, performanțe și funcționalități diferite de cele prevăzute în Caietul de Sarcini sau lipsesc unele dotări cu echipamente, sisteme sau produse software etc." si totodată in cadrul Caietului de sarcini postat în SEAP, la pag. 11, se menționează faptul că "achizitorul își rezervă dreptul de a respinge orice ofertă ca neconformă, în cazul în care ofertantul prezintă în propunerea tehnică soluții tehnice, performanțe și funcționalități diferite de cele prevăzute în Caietul de Sarcini sau lipsesc unele dotări cu echipamente, sisteme sau produse software etc.", reguli impuse chiar de către autoritatea contracta, si încălcate in procesul de evaluare a ofertei PESA și ASTRA Vagoane, chiar de către autoritatea contractantă.

Față de argumentele expuse, solicităm Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ca, prin decizia ce o veți pronunța, să dispuneți:

- a. **anularea Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 în ceea ce privește declararea ofertei Bozankaya ca neconformă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei Bozankaya din punct de vedere al admisibilității;**
- b. **obligarea autorității contractante la reanalizarea caracterului confidențial al:**
 - I. **conținutului ofertelor tehnice ale PESA și ASTRA,**
 - II. **solicitărilor/răspunsurilor la solicitările de clarificări ale PESA și ASTRA,**
 - III. **grilelor de evaluare tehnică precum și a oricăror alte anexe/rapoarte întocmite de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii,**
precum și obligarea autorității contractante la punerea la dispoziția Bozankaya a părții neconfidențiale din cadrul tuturor acestor documente;
- c. **anularea parțială a Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 și a Comunicării rezultatului procedurii nr. 688/04.01.2022, în ceea ce privește declararea ofertelor PESA și ASTRA ca admisibile, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor PESA și ASTRA din punct de vedere al admisibilității.**

În drept: art. 8 din Legea nr. 101/2016., precum și celelalte dispoziții invocate în prezenta contestație

Probe: înscrisuri

Anexăm prezentei:

Anexa 1 – Dovada comunicării contestației către toate părțile implicate

Anexa 2 – Împuternicire avocațială

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, vă solicităm accesul la dosarul achiziției.