

RATIU & RATIU

Societate de avocați

Bulevardul Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, etaj 6, sector 1, București

Tel.: (+4 021) 230.01.71 / 72 / 73 / 74 ; Fax: (+4 021) 230.01.75

E-mail: lawoffice@ratiu.ro ; www.ratiu.ro

Curtea de Apel București

Secția de contencios administrativ și fiscal

Obiect: Litigiu privind achizițiile publice – plângere împotriva deciziei CNSC

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa Petentă,

BOZANKAYA OTOMOTIV MAKİNA İMALAT İTHALAT VE İHRACAT A.Ş (denumită în continuare "Bozankaya") având sediul în Ahi Evran OSB Mah. Artuklular Sok. Nr.3 A/2 Sincan, Ankara, Turcia reprezentată legal de YİĞİT BELİN, și convențional de Societatea de Avocați „RAȚIU & RAȚIU” – S.P.A.R.L.¹, cu sediul profesional în Municipiul București, sector 1, Bd. Mircea Eliade nr. 18, intrarea B, etaj 6, domiciliu ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, în calitate de ofertant la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică „Achiziția de 49 tramvaie cu lungimea cca. 18m destinate transportului public de călători” - Anunț de participare nr. CN1022480/07.07.2020,

în contradictoriu cu Intimata,

MINISTERUL LUCRĂRILOR PUBLICE, DEZVOLTĂRII ȘI ADMINISTRAȚIEI (denumit în continuare "MLPDA"), cod de identificare fiscală 26369185, cu sediul în Strada Libertății, nr. 16, București, fax:+40 372111445, reprezentată legal de către domnul Ion Ștefan, Ministrul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației,

¹ Persoane însărcinate cu primirea actelor de procedură: Tănase Lavinia și Țăranu Cristina

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A., (denumită în continuare "PESA") cu sediul în Polonia, Bydgoszcz, str. Zygmunta Augusta, nr. 11, cod poștal 85-082, telefon: 0048 525 686 100, număr de înmatriculare în registrul societăților KRS 091267838, CIF PL5540311775 și sediul procesual ales în București, B-dul Dacia, nr. 30, et. 7, sector 1,

ASTRA VAGOANE CĂLĂTORI S.A., (denumită în continuare "ASTRA") cu sediul în mun. Arad, str. Petru Rareș, nr. 1-3, jud. Arad, reprezentată legal prin dl. Vasile Diaconescu în calitate de Director General și convențional de SCA Țuca Zbârcea și Asociații, cu sediul profesional în București, Șos. Nicolae Titulescu, nr. 4-8, America House, Aripa de Vest, etaj 8, sector 1,

În temeiul art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2006 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică („Legea 101/2016”),

în termen legal, formulăm prezenta:

PLÂNGERE

împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare al Contestațiilor nr. 293/C2/109,110 din 09.02.2022 (denumită, în continuare, „Decizia atacată” sau „Decizia CNSC”), solicitându-vă ca prin hotărârea ce o veți pronunța să dispuneți:

ÎN PRINCIPAL

- modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul anulării admitterii excepției lipsei de interes a Subscrisei,

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

și, pe fond, admiterea în integralitate a capetelor de cerere din contestația Subscrisei, după cum urmează:

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.

- obligarea Intimatei la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.

PE CALE INCIDENTALĂ

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, sau, alternativ, după caz
- suspendarea executării contractului de achiziție, în situația în care autoritatea contractantă a încheiat contractul ca urmare a aplicării dispozițiilor Deciziei CNSC atacate.

pentru motivele dezvoltate în continuare, precum și pentru cele prezentate în contestație.

Succintă prezentare a situației de fapt

- (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, reținând cu privire la oferta subscrisei, în esență, următoarele:

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.

(...)

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) Așa cum rezultă din actele autorității contractante, parte a dosarului de achiziție, comisia de evaluare a fost schimbată în data de 10.11.2021, prin Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației nr. 1599 din 10.11.2021, majoritatea membrilor (3 din 5) fiind înlocuiți. Referatul de aprobare a ordinului menționează clar că scopul înlocuirii membrilor este tocmai necesitatea realizării urgente a activității de reevaluare a ofertei dispuse de Decizia CNSC:

Având în vedere ca la prezenta procedura a fost contestata, iar prin Decizia CNSC nr.2409/C2/01.11.2021 s-a dispus reevaluarea ofertelor, precum și faptul ca o parte din membrii titular enumerați mai sus și-au pierdut calitatea de membru în comisia de evaluare, pentru urgentarea evaluării și atribuirii contractului se propune noua componență a comisiei, astfel:

- (6) În baza Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477, fără a aștepta eventuala contestare în instanță a acesteia precum și decizia motivată a instanței, noua comisie de evaluare din cadrul autorității contractante s-a întrunit în data de 10.11.2021 și a întocmit Procesul-verbal nr. 144945 din 10.11.2021, prin care pretinde că și-a dus la îndeplinire obligația de reevaluare a ofertei Bozankaya.
- (7) În cadrul Procesului-verbal nr. 144945 din 10.11.2021 comisia de evaluare a menționat, în ce privește decizia luată legat de conformitatea ofertei subscrisei, exclusiv următoarele:

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

(...)

În 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 întors în etapa de evaluare tehnică prin deblocarea secțiunilor din SEAP în vederea punerii în aplicare a Deciziei CNSC care dispunea anularea raportului procedurii nr. 104549/01.09.2021, urmand sa reevalueze în cadrul ofertei BOZANKAYA cerintele privind afisarea defectelor și nomenclatorul de defecte, precum și cerinta referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuinate în construcția tramvaielor, în termen de 15 de zile de la primirea Deciziei.

În ceea ce privește oferta depusa de către BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. İML. İTH. VE İHR. A.Ş prin decizia nr. 2409/C2/01.11.2021, Consiliul National de Soluționare a Contestatiilor, concluzionează că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a constatat caracterul conform al propunerii tehnice depusă de BOZANKAYA, respectiv cerintele privind afisarea defectelor și nomenclatorul de defecte, precum și cerinta referitoare la prezentarea listei tuturor materialelor periculoase întrebuinate în construcția tramvaielor, acestea 2 cerințe trebuind reanalizate realizate pe baza cerintelor documentatiei de atribuire și a raspunsurilor la clarificari.

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

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

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

- BOZANKAYA OTOMOTIV MAK. İML. 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 considerată neconformă în următoarele situații - nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, datorita faptului ca în oferta depusa de Bozankaya nu se regaseste 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. Nicaieri în caietul de sarcini sau în alt document al achizitiei, autoritatea contractanta nu a solicitat ca lista în discuție sa fie întocmita prin raportare la definiția materialelor periculoase data de UNIFE.

- (8) Așa cum se poate observa din conținutul actului anterior menționat, decizia de declarare a neconformității nu conține argumentația detaliată a deciziei de declarare a neconformității, nici în ceea ce privește aspectul listei materialelor periculoase, nici legat de Nomenclatorul de defecte.
- (9) Nici nu este de așteptat ca actul în cauză să conțină o motivație efectivă, având în vedere că majoritatea membrilor comisiei de evaluare au fost desemnați exact în ziua emiterii actului, fiind deci imposibil fizic ca aceștia să fi avut cum să ia act de conținutul integral al dosarului achiziției (numai oferta Bozankaya, supusă așa-zisei re-evaluări, având peste 100 de pagini).
- (10) Toate aceste acte ridică o puternică și rezonabilă suspiciune că activitatea de reevaluare a ofertei Subscrisei a fost superficială și nu a presupus o analiză critică a informațiilor și actelor din dosar, ci doar a însușire mecanică a concluziei finale privind neconformitatea ofertei Subscrisei, fără a se mai obosi să construiască un raționament suport, așa cum ar presupune îndeplinirea atribuției de evaluare a ofertelor, obligație stabilită de lege exclusiv în sarcina comisiei (și ce nu poate fi substituită de organul administrativ-jurisdicțional).
- (11) În urma atacării cu plângere a Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477 la Curtea de Apel București, a fost pronunțată Hotărârea nr. 2732/2021 din 13.12.2021. Până la acest moment nu a fost comunicată Subscrisei (și nici autorității contractante, din ceea ce știm) motivarea hotărârii menționate.
- (12) În data de 30.12.2021, ulterior emiterii Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 și a Hotărârii Curții de Apel nr. 2732/2021 din 13.12.2021

(nemotivată), autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021, prin care a menționat că oferta subscrisei este neconformă (prin referire la procesul-verbal din 10.11.2021), iar oferta PESA a fost declarată câștigătoare.

- (13) Nici în cadrul Raportului procedurii nu există nicio formă de motivare a deciziei de declarare a ofertei Subscrisei ca neconformă. Singurele mențiuni din cadrul acestuia sunt:

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. İML.
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.

- (14) Împotriva actelor autorității contractante, Subscrisa am depus contestație la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.
- (15) CNSC s-a pronunțat asupra contestației prin Decizia nr. 293/C2/109,110 din 09.02.2022, prin care a dispus respingerea contestației Subscrisei ca urmare a

admiterii excepției lipsei de interes, neanalizând astfel, pe cale de consecință, fondul contestației.

A. Decizia CNSC de admitere a excepției lipsei de interes a subscrisei este nelegală

- (16) Așa cum am prezentat și în răspunsul la solicitarea expresă a CNSC privind acest obiect, din conținutul art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, rezultă în mod evident că singurul caz permis de lege de acceptare a excepției lipsei de interes în raport cu contestația unui ofertant este cazul în care, anterior depunerii contestației în cauză, ofertantul fusese exclus din procedură, iar decizia de excludere din procedură devenise definitivă fie prin necontestare, fie prin consfințirea acesteia printr-o hotărâre definitivă a instanței.
- (17) În cadrul ciclului procesual de contestare anterior, este evident, din analiza conținutului Deciziei CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021 (Anexa nr. 1), că niciun act al autorității verificat în cadrul acesteia nu conținea o decizie de excludere a Bozankaya din procedura de achiziție ce formează obiectul prezentului dosar, precum și faptul că CNSC nu a pronunțat nicio decizie de excludere a Bozankaya în Decizia invocată.
- (18) Așa cum am menționat, obiectul Deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 a fost controlul legalității evaluării din septembrie 2021, evaluare concretizată prin Raportul procedurii nr. 104549 din 01.09.2021.
- (19) În ciclul procesual anterior, CNSC a identificat probleme de legalitate a evaluării ofertei, dar nu a edictat (nici nu avea dreptul legal să o facă) că oferta Subscrisei ar fi neconformă:

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.

(...)

Or, în speță 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.

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.

(20) Pe cale de consecință, nici hotărârea instanței de judecată prin care s-a judecat plângerea împotriva Deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 nu ar fi putut avea ca obiect legalitatea unei decizii de excludere a Bozankaya din procedură, lucru

cert chiar și în absența motivării hotărârii (ce nu a fost comunicată părților până la acest moment).

- (21) Dacă, prin absurd, Decizia CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021 ar fi avut drept efect considerarea ofertei Bozankaya ca fiind exclusă deja din procedură, la momentul acela, atunci în încercarea de aplicare a măsurilor de remediere dispuse autoritatea contractantă nici nu ar mai fi putut reevalua oferta Bozankaya, aceasta fiind deja exclusă, lucru care este evident în contradicție cu însăși concluzia Deciziei CNSC menționate.
- (22) În ciuda evidenței tuturor acestor dispoziții din cadrul ciclului procesual anterior, este de neînțeles de ce în cadrul prezentului ciclu procesual de contestare, demarat după adoptarea de către autoritatea contractantă a Raportului procedurii nr. 166925/30.12.2021, și declanșat prin depunerea de către Subscrisa a Contestației nr. 13 din 14.01.2022, CNSC invocă în decizia sa o pretinsă autoritate de lucru judecat având ca obiect caracterul neconform al ofertei Bozankaya:

Așadar, în soluționarea excepției lipsei de interes, Consiliul reține că, prin raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021 (atacat în prezent), comisia de evaluare a respins oferta depusă de BOZANKAYA, în concordanță cu decizia CNSC nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021, menținută de Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 2732/13.12.2021.

(...)

Decizia Consiliului, prin care s-au statuat cele de mai sus, inclusiv că oferta depusă de BOZANKAYA nu îndeplinește totalitatea cerințelor caietului de sarcini, a rămas definitivă prin respingerea, de către Curtea de Apel București, a plângerii formulate de acest operator economic.

Astfel, la data formulării prezentei contestații, oferta depusă de contestator era respinsă, în mod definitiv, decizie asupra căreia nu se mai poate reveni.

În condițiile în care legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului nu mai poate fi pusă în discuție, această decizie fiind una definitivă, Consiliul, analizând interesul contestatorului de a ataca decizia privind oferta declarată câștigătoare și raportul procedurii, reține

(...)

Cum decizia de respingere a ofertei sale este una definitivă, Consiliul constată că autorul contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în prezenta cauză.

(...)

Noul rezultat al procedurii, cu privire la care contestatorul consideră că a condus la nașterea dreptului său de contestare, este doar rezultatul punerii în aplicare a celor dispuse de CNSC, în virtutea caracterului obligatoriu de care se bucură decizia Consiliului, rămasă definitivă prin menținerea ei de către Curte, drept care, câtă vreme el respectă cele stabilite de organismul de control, nu se poate considera că momentul emiterii lui este data la care contestatorul a cunoscut faptul că oferta sa este respinsă.

(...)

Or, tocmai această ipoteză se regăsește și în speța de față, și anume operatorul economic BOZANKAYA, a cărui ofertă s-a stabilit că nu este admisibilă, printr-o decizie a CNSC, menținută de instanța de control, reclamă, pe lângă nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale, caracterul inadmisibil al ofertei desemnată câștigătoare și a celeilalte oferte declarată admisibilă în procedură (oferta ASTRA).

Însă, soluția pronunțată vizavi de oferta contestatorului este definitivă, astfel că nu mai poate forma obiectul unei căi de atac, ofertantul fiind, așadar, exclus definitiv din procedură, caz în care nu i se mai poate recunoaște un interes acestuia în atacarea deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

Caracterul definitiv al excluderii este dat de faptul că această hotărâre a avut la bază o decizie a organismului de control și a instanței de judecată, care se bucură de autoritate de lucru judecat și care, pe cale de consecință, nu mai poate forma obiectul vreunei căi de atac.

- (23) În contra celor afirmate de CNSC, Decizia atacată prin prezenta plângere, (Decizia nr.2409/C2/2477 din 01.11.2021) nu a avut ca obiect analiza excluderii ofertei Subscrisei, nu s-a pronunțat în legătură cu excluderea ofertei Subscrisei, în consecință nici hotărârea instanței de apel nu ar fi putut avea acest obiect, și astfel, la data formulării prezentei contestații (adică la 14.01.2022) oferta Bozankaya era respinsă, dar nu definitiv cum greșit se afirmă de către CNSC.
- (24) Prin urmare, la data de 30.12.2021 când autoritatea contractantă a luat decizia respingerii ofertei Bozankaya pentru întâia dată, sunt îndeplinite condițiile de declanșare a unui ciclu procesual de contestare a deciziei de eliminare, adică prezentul ciclu procesual, abia la finalizarea căruia, prin decizie definitivă ce are ca obiect legalitatea excluderii Subscrisei, se va putea constata caracterul DEFINITIV al excluderii și abia de la acea dată din viitor se va putea invoca lipsa de interes a Subscrisei.
- (25) Subliniem faptul că CNSC nu se poate substitui comisiei de evaluare, el neputând declara oferta noastră neconforma, respectiv respinge vreo ofertă.
- (26) În conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) din Legea 101/2016, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:
- a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;
 - b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;
 - c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

Iar, în situația în care 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.

Plecând de la premisa că C.N.S.C. este un organism independent cu activitate administrativ – jurisdicțională, care prin hotărârile sale are obligația de a le motiva în mod clar, fără echivoc și raportat la dispozițiile art. 26 al (10¹) din Lega 101/201, 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
- măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.

Astfel, așa cum se arată și în cuprinsul Codului de procedură civilă, la redactarea hotărârilor judecătorești se ține seama de faptul că motivarea trebuie să fie clară, precisă și necontradictorie, aceste cerințe înlăturând arbitrariul și făcând posibil controlul judiciar, precum și exercitarea căilor de atac de retractare.

Pe cale de consecință, calitatea unei motivări și implicit respectarea exigențelor impuse de prevederile art. 425 din C. proc. civ., cât și cele ale Legii 101/2016 nu este determinată de volumul considerentelor, ci de valoarea juridică a argumentelor și de corectitudinea raționamentului care a stat la baza pronunțării soluției

- (27) În egală măsură, trebuie avut în vedere și faptul că obligația de a motiva soluția pronunțată presupune necesitatea motivării punctuale a fiecărui capăt de cerere, respectiv de a fiecărui motiv de critică formulat și nu de a răspunde în detaliu fiecărui argument invocat de părți în susținerea, respectiv în combaterea pretențiilor/criticilor cu care a fost investit.
- (28) Pentru aceste considerente, apreciem că nu sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru considerarea prezentei contestații a subscrisei ca fiind actul unui ofertant exclus definitiv din procedură, și prin urmare invocarea excepției lipsei de interes a Bozankaya este neîntemeiată.

B. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei plângeri sau, după caz, suspendarea executării contractului încheiat ca urmare a Deciziei CNSC atacate

- (29) În conformitate cu prevederile articolului 33 din Legea 101/2016, solicităm suspendarea procedurii de atribuire.
- (30) Potrivit art. 33 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, instanța poate să dispună, până la soluționarea contestației, la cererea persoanei interesate, măsura suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului, în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente.

B.1. Existența cazului temeinic justificat în sensul prezentelor dispoziții legale presupune existența unui argument juridic aparent valabil cu privire la nelegalitatea actului în discuție.

- (31) Cu privire la condiția cazului bine justificat, Înalta Curte a statuat că pentru constatarea îndeplinirii acestei condiții, instanța nu trebuie să procedeze la analizarea criticilor de nelegalitate pe care se întemeiază însăși cererea de anulare a actului, ci trebuie să-și limiteze verificarea doar la acele împrejurări vădite de fapt și/sau de drept care au capacitatea să producă o îndoială serioasă asupra prezumției de legalitate de care se bucură un act administrativ, așa cum s-a stabilit prin Decizia nr. 442 a Înaltei Curți de Casație și Justiție din 30 ianuarie 2013 pronunțată în recurs de Secția de contencios administrativ și fiscal (Anexa nr. 2).
- (32) În speță, nelegalitatea Deciziei CNSC este evidentă, fiind bazată pe o incorectă apreciere a situației de fapt și de drept, prin care se confundă obiectul precedentului ciclu procesual de contestație (în care a fost atacată decizia autorității contractante de declarare câștigătoare a ofertei subscrisei), cu o pretinsă decizie de excludere a subscrisei.
- (33) Ori, decizia de excludere a subscrisei din procedură a fost pentru prima dată contestată în prezentul ciclu procesual, prin contestația subscrisei, asupra căreia trebuia să se pronunțe pe fond CNSC și abia după o eventuală rămânere definitivă a hotărârii instanței de apel s-ar fi putut discuta de încetarea interesului subscrisei în raport cu prezenta procedură.
- (34) Actul CNSC de a respinge contestația subscrisei ca lipsită de interes, în condițiile în care nu a existat nicio decizie anterioară de excludere (nici din partea autorității contractante, nici din partea instanței jurisdicționale) este o încălcare flagrantă a dispozițiilor legale procesuale, cu consecința imediată a imposibilității exercitării de către subscrisa a dreptului la apărare.
- (35) În ceea ce privește actele autorității contractante atacate prin Contestația Subscrisei, precizăm că adoptarea unei decizii de excludere prin simularea unei

activități de "reevaluare" întocmită de către o comisie din care majoritatea membrilor sunt desemnați chiar în ziua reevaluării (membrii noi, adică majoritatea comisiei, presupunându-se că au analizat în ziua desemnării atât conținutul integral al documentației tehnice, cât și cel al ofertei Bozankaya, respectiv al solicitărilor de clarificare, adică un volum de analiză de sute de pagini) creează aparența vădită a nerespectării de către comisie a atribuției de reevaluare corespunzătoare, cu consecința eliminării nelegale din procedură a Subscrisei.

- (36) De asemenea, refuzul autorității contractante de a permite accesul Subscrisei la actele relevante din dosarul procedurii (în special partea dovedită neconfidențială a ofertelor, precum și grila tehnică de evaluare) a periclitat dreptul la apărare al Subscrisei, așa cum este acesta recunoscut de jurisprudența europeană relevantă (Cauza C927/19), motivarea insuficientă a deciziei prin care autoritatea contractantă a refuzat să divulge informațiile confidențiale face imposibil ca, pe de o parte, Subscrisa să își apere drepturile și să decidă în deplină cunoștință de cauză dacă este necesară introducerea unei căi de atac jurisdicționale împotriva deciziei autorității și, pe de altă parte, împiedică instanța să exercite controlul legalității acesteia din urmă.

B.2. În ceea ce privește paguba iminentă aceasta rezultă fără putință de tăgadă din însăși datele speței. Astfel, prin dispunerea măsurii suspendării de către consiliu se protejează dreptul la apărare, precum și dreptul de acces în condiții egale la procedura de atribuire.

- (37) În urma adoptării unei decizii aparent nelegale de excludere din procedură, decizie neanalizată pe fond de către CNSC, datorită admiterii netemeinice a excepției lipsei de interes, Subscrisa urmează să fie în imposibilitatea de a-și mai

valorifica temeinic și eficace dreptul la apărare, deoarece autoritatea contractantă urmează să încheie contractul de achiziție publică cu un alt ofertant (în cazul în care nu a făcut-o deja), și astfel o eventuală constatare a caracterului temeinic al susținerilor Subscrisei de către instanța de control judiciar va fi pusă în fața faptului împlinit al semnării contractului, chiar dacă la baza sa stă un act ilegal.

- (38) Decizie CNSC luată cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile excepției lipsei de interes are ca și consecință imediată și directă imposibilitatea subscrisei de a mai participa la procedura de atribuire. Or, dacă nu s-ar dispune suspendarea procedurii de atribuire, subscrisa ar fi privată atât de dreptul la apărare, cât și de dreptul de a participa la procedura de atribuire.
- (39) În plus, dacă nu s-ar dispune suspendarea procedurii de atribuire, contractul ar fi atribuit unui ofertant cu privire la a cărui ofertă există suspiciunea că a fost evaluată în mod superficial de către autoritatea contractantă, subscrisa ar fi privată de dreptul de a participa la procedura de atribuire în condiții egale la procedura de atribuire și chiar de a adjudeca contractul.
- (40) În situația în care autoritatea contractantă a și încheiat deja contractul de atribuire, suspendarea executării acestuia este de natură să prevină paguba subscrisei reprezentată de pierderea posibilității de a încheia contractul, inclusiv ca urmare a unei eventuale admiteri în instanță a acțiunii de anulare a contractului, remediu procesual ce urmează a fi exercitat de subscrisa în cazul în care soluționarea pe fond a contestației în cadrul prezentului dosar va stabili că deciziile autorității contractante atacate prin contestație au fost nelegale și încheierea contractului de achiziție a fost consecința unor încălcări ale legislației aplicabile.

- (41) Paguba care s-ar produce subscrisei în lipsa suspendării este iminentă, deoarece în lipsa suspendării, subscrisa ar fi privată de dreptul la apărare și de dreptul de a participa, în condiții de tratament egal cu ceilalți participanți, la procedura de atribuire și de a adjuceca contractul.
- (42) În afara motivelor menționate mai sus, argumentele care au stat la baza emiterii Recomandării nr. R(89)8 a Comitetului de miniștri către statele membre privind protecția provizorie acordată de instanță pe probleme administrative sunt actuale și aplicabile, mutatis mutandis, și pentru prezenta cerere de suspendare.
- (43) Astfel, În Recomandarea nr. R(89)8 a Comitetului de miniștri către statele membre privind protecția provizorie acordată de instanță pe probleme administrative s-au statuat următoarele:

„Atunci când o instanță este sesizată cu o contestație referitoare la un act administrativ, iar instanța nu a pronunțat încă o decizie, solicitantul poate cere aceleiași instanțe sau unei alte instanțe competente să ia măsuri de protecție provizorie împotriva actului administrativ. (...) În decizia privind acordarea protecției provizorii solicitantului, instanța trebuie să ia în considerare toți factorii relevanți și interesele. Măsuri de protecție provizorii pot fi acordate, în special, în cazul în care executarea actului administrativ este susceptibilă de a provoca daune severe, care ar putea fi remediate cu dificultate și dacă există un caz prima-facie împotriva valabilității actului.

Măsurile de protecție provizorie dispuse de către instanța competentă pot lua forma de suspendare a executării actului administrativ, în întregime sau parțial, prin care se dispune în totalitate sau parțial restabilirea situației care a existat la momentul adoptării actului administrativ sau la

orice modificare ulterioară, și de impunere asupra administrației a oricărei obligații corespunzătoare, în conformitate cu competențele Curții.”

- (44) Pentru aceste motive, solicităm să admiteți cererea de suspendare și să dispuneți suspendarea procedurii de atribuire, ori, după caz, a executării contractului, până la soluționarea plângerii.

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

- (45) În fapt, ca urmare a luării la cunoștință a Deciziei CNSC nr. 2409/C2/01.11.2021, autoritatea contractantă nu a realizat nicio nouă evaluare a ofertei Bozankaya, în conformitate cu exigențele legale aplicabile.
- (46) 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.

(47) Un aspect fundamental pentru prezenta contestație este faptul că autoritatea contractantă nu menționează de ce niciunul dintre argumentele detaliate invocate în apărările în fața CNSC pentru decizia de declarare a ofertei subscrisei drept neconformă nu se regăsesc nici în Raportul procedurii nr. 166925/30.12.2021, nici în cadrul Procesului-verbal nr. 144945 din 10.11.2021, acolo unde ar fi trebuit să constituie motivarea deciziei de declarare a ofertei drept neconformă.

(48) Absența acestor argumente, adică absența unei motivări a deciziei de declarare a neconformității, constituie însăși motivul pentru care am solicitat în cadrul prezentei acțiuni anularea actelor autorității contractante ce au fost întocmite cu nerespectarea legii, neconstituind o reevaluare a ofertei Bozankaya, așa cum s-a dispus prin Decizia CNSC.

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

(49) 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).

- (50) 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. 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 participanților 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.
- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.

E. Ofertele PESA și ASTRA sunt inadmisibile

- (54) Solicitam respingerea ofertei depuse de către PESA ca fiind neconformă, pentru următoarele neconformități:
- (i) PESA nu a prezentat în conformitate cu Cerințele Capitolului 5, „Desenele organizării interioare, care vor indica dispunerea

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

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 generala constructiva a tramvaielor,
- (iii) în cadrul ofertei, PESA nu a îndeplinit cerința expresă a documentației de atribuire de a prezenta „fișa echipamentului de proiecție care trebuie să fie de serie” odată cu depunerea ofertei, transmitând pentru prima oară acest document la solicitarea autorității contractante,
- (iv) prin răspunsul la solicitările de clarificări referitoare la cerințele menționate mai sus, PESA și-a modificat oferta,
- (v) 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.

(55) Solicităm respingerea ofertei depuse de către ASTRA Vagoane ca fiind neconformă, pentru următoarele neconformități:

- (i) lipsa indicării în cuprinsul ofertei a ieșirilor de siguranță și locurilor rezervate pentru persoanele cu mobilitate redusă și pentru femeile

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

însărcinate, astfel cum impun cerințele capitolului 5 din Documentația de atribuire

- (ii) nedepunerea tuturor desenelor solicitate în capitolul 5 al caietului de sarcini,
- (iii) neprezentarea detaliată a Amenajării postului de conducere și a tabloului de bord, cu indicarea fiecărei comenzi, buton și a indicatorilor de bord, cerință îndeplinită după clarificări repetate,
- (iv) prin răspunsul la solicitările de clarificări referitoare la cerințele menționate mai sus, ASTRA și-a modificat oferta.

În concluzie, față de toate argumentațiile sus-menționate, vă solicităm să dispuneți admiterea plângerii, și, pe cale de consecință, să dispuneți:

ÎN PRINCIPAL

- modificarea în parte a Deciziei CNSC nr. 293/C2/109,110 din 09.02.2022, în sensul anulării admiterii excepției lipsei de interes a Subscrisei, și, pe fond, admiterea în integralitate a capetelor de cerere din contestația Subscrisei, după cum urmează:
 - 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.

➤ obligarea Intimatei la plata cheltuielilor de judecată generate de soluționarea prezentei cereri.

PE CALE INCIDENTALĂ

➤ suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, sau, alternativ, după caz

RATIU & RATIU

Societate de avocați

(continuare)

- suspendarea executării contractului de achiziție, în situația în care autoritatea contractantă a încheiat contractul ca urmare a aplicării dispozițiilor Deciziei CNSC atacate.

În drept: art. 29 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții invocate în prezenta Plângere.

Probe: Dosarul achiziției, documentele ofertei, solicitările de clarificări și răspunsurile la clarificări, actele din dosarul contestației la CNSC, precum și înscrisurile anexate prezentei, respectiv

Anexa 1 – Decizia CNSC nr. nr. 2409/C2/2477 din 01.11.2021

Anexa 2 – Decizia nr. 442 a Înaltei Curți de Casație și Justiție din 30 ianuarie 2013

Anexa 3 - Împuternicire avocațială.

BOZANKAYA OTOMOTIV MAKİNA

İMALAT İTHALAT VE İHRACAT A.Ş,

prin Societatea de Avocați „Ratiu & Ratiu” – S.P.A.R.L.

Avocat împuternicit

