

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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 Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:**

## **DECIZIE**

**Nr. .../.../...**

**Data: ...**

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., formulată de către SC ... SA, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la O.N.R.C. sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de împuternicit ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”*, cod CPV 34620000-9 – Material rulant (Rev.2), anunț de participare nr. .../..., s-au solicitat Consiliului următoarele: *„(a) suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații, fiind îndeplinite condițiile reglementate de art. 22 din Legea nr. 101/2016; (b) modificarea/completarea parțială a (i) cerinței IV.2.4 [Limbile în care pot fi depuse ofertele sau cererile de participare], a cerinței IV.4.2. [Modul de prezentare al propunerii financiare] și a cerinței VI.3. [Informații suplimentare] din Fișa de date și a (ii) Formularului 16 [Formular de ofertă financiară], precum și a (iii) art. II [Prețul Contractului] și a clauzei 6 din cadrul Contractului, în ceea ce privește moneda în care se transmite oferta financiară, precum și modalitatea de plată; (c) obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și recunoașterea valorii în euro pentru respectarea tratamentului egal între ofertanți, precum și modalitatea de plată eşalonată a prețului produselor furnizate; (d) în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 98/2016”*. În temeiul dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat încuviințarea accesului la dosarul achiziției publice.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,  
**Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor**  
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., SC ... SA critică documentația de atribuire elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”, solicitând cele redată în partea introductivă.

I. Contestatoarea prezintă cerințele documentației de atribuire, pe care le contestă:

Cerințe din fișa de date a achiziției:

- pct. IV.2.4 [Limbile în care pot fi depuse ofertele sau cererile de participare]: „Moneda în care se transmite oferta financiară: RON”;
- pct. IV.4.2. [Modul de prezentare al propunerii financiare] din Fișa de date: „Oferta va fi exprimată în Lei fără TVA, calculată la cursul comunicat de BNR pentru data publicării anunțului de participare în SEAP”;

- pct. VI.3. [Informații suplimentare]: „III. AVANSUL și PLAȚILE: -AC la solicitarea furnizorului va acorda avans de 15% din valoarea prețului de achiziție al Produselor (la care se adaugă TVA), cu respectarea prevederilor Legii nr.500/2002 actualizată și a HG 264/2003 actualizată, sub condiția prezentării în prealabil de către Furnizor a unei Garanții pentru returnarea avansului. (...) Plățile se vor efectua în lei, de către AC în contul Furnizorului în termen de 60 de zile de la primirea facturii și a documentelor justificative conexe, cu excepția situației în care întârzierea nu îi este imputabilă și anume AC nu a primit fondurile aferente de la Bugetul de stat și/sau PNRR, după caz”;

- Formularul de ofertă financiară: „În concordanță cu Propunerea noastră Tehnică și Financiară și pe baza informațiilor furnizate de Autoritatea Contractantă până la momentul depunerii Ofertei, ofertăm prețul total de \_\_\_\_\_[introduceți suma în cifre și litere] RON fără TVA, la care se adaugă TVA de \_\_\_\_\_[introduceți suma în cifre și litere] RON”;
- Modelul de contract:

art. II [Prețul Contractului]: „II.1. Prețul total convenit prin prezentul Contract pentru furnizarea respectiv prestarea de Produse și Servicii de mentenanță care fac obiectul prezentului Contract, este format din: 11.2. Prețul de achiziție al celor [xx] locomotive electrice denumite în continuare Produse, în sumă de [valoarea în cifre] RON

*([valoarea în litere] RON), la care se adaugă TVA conform prevederilor legale. Prețul unitar al Produsului este [valoarea în cifre] RON ([valoarea în litere] RON) la care se adaugă TVA conform prevederilor legale; 11.3. Prețul de achiziție al serviciilor de mentenanță pentru cele [xx] de Produse pentru o perioadă de 20 ani în sumă de [valoarea în cifre] RON ([valoarea în litere] RON), la care se adaugă TVA conform prevederilor legale. Acest preț va fi plătit în funcție de distanța efectiv parcursă, conform prevederilor prezentului Contract. Pentru Serviciul de mentenanță valoarea unitară (RON/km) este de [valoarea în cifre] RON ([valoarea în litere] RON) pentru fiecare Produs la care se adaugă TVA conform prevederilor legale. Prețul Serviciilor de mentenanță este estimat la [valoarea în cifre] RON ([valoarea în litere] RON) la care se adaugă TVA conform prevederilor legale";*

- Clauza 6 [Plăți contractuale]: „6.3. Plăți (a) Facturile se emit pentru Produsele livrate și recepționate pentru punerea în serviciu comercial cu călători (...), având în vedere prevederile Contractului. (...) 6.5. Moneda utilizată în cadrul Contractului (a) Moneda de referință a Contractului este: RON. (b) Moneda în care se efectuează plățile este: RON”.

Referitor la cerințele anterior enumerate, contestatoarea susține că, la momentul consultării pieței de către autoritatea contractantă, a precizat că, în opinia sa, „valoarea procedurii (...) a contractului și a tuturor sumelor vehiculate” ar trebui exprimate în euro, pentru asigurarea unei egalități de tratament.

II. În justificarea solicitării sale, contestatoarea afirmă că, deși prin documentația de atribuire se impune exprimarea exclusiv în moneda națională, a propunerii financiare, a prețului contractului și a modalității de plată a produselor furnizate la momentul recepționării acestora, trebuie avute în vedere următoarele:

1. costurile necesar a fi suportate pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale sunt într-o altă monedă (EURO);

2. există posibilitatea practică a participării la procedură a unor operatori economici din statele membre ale Uniunii Europene;

3. plata neșalonată a prețului produselor oferite conduce la un dezechilibru între părțile contractuale, întrucât furnizorul trebuie să suporte un risc și un efort financiar crescut pentru realizarea locomotivelor.

În plus, adaugă contestatoarea, modalitatea impunerii acestor cerințe, de către autoritatea contractantă, conduce la încălcarea principiilor nediscriminării, recunoașterii reciproce, tratamentului egal și proporționalității.

Prin urmare, în opinia contestatoarei, modificarea/completarea documentației de atribuire prin acordarea posibilității de transmitere a ofertei financiare și în EURO (măcar parțial), precum și modificarea

modalității de plată, sunt măsurile apte a menține tratamentul egal între ofertanți.

În acest sens, precizează că nicio dispoziție legală nu restricționează dreptul ofertanților de a elabora propunerea financiară/de a încheia contractul de achiziție publică exclusiv în moneda lor națională. Mai mult, afirmă contestatoarea, prezenta achiziție „se referă la un proiect/program finanțat din fonduri ale Uniunii Europene”, respectiv la Planul Național de Redresare și Reziliență - PNRR, finanțat în EURO. Cu privire la acest aspect, în opinia contestatoarei, utilizarea monedei EURO, ar reprezenta cea mai facilă modalitate de elaborare a propunerii financiare și, ulterior, de plată a ofertantului desemnat câștigător, ceea ce ar scuti atât autoritatea contractantă, cât și ofertantul, de schimburi valutare (și alte taxe bancare). Practic, cerința actuală conduce la costuri suplimentare suportate de către ... și, implicit, la o ineficientă utilizare a fondurilor publice.

Pe de altă parte, susține contestatoarea, costurile suportate de către ofertanți sunt, de asemenea, în EURO, ceea ce, în cazul modificării cerințelor, face mult mai facilă verificarea ofertelor, printr-o comparație mult mai simplă a aspectelor supuse evaluării.

De asemenea, prin utilizarea monedei euro, s-ar „neutraliza, în mod cât mai eficient, a impactului costurilor financiare de hedging”, deoarece toți producătorii de material rulant sunt obligați, prin normele de transparență bursieră, să includă în prețurile lor de vânzare toate costurile cunoscute la momentul elaborării unei propuneri financiare, sub sancțiunea posibilei invalidări a situațiilor financiare. Prin urmare, toate costurile necesare pentru proiectarea/construirea/livrarea produselor solicitate de către autoritatea contractantă sunt suportate de către ofertanți în moneda EURO, fapt pentru care prețul acestora, transcris în cadrul propunerii financiare, poate fi, de asemenea, exprimat în această monedă.

În opinia contestatoarei, utilizarea monedei naționale, ar conduce la creșterea costurilor suportate de către ofertanți, întrucât este necesară conversia valutei și includerea anumitor costuri bancare care, în realitate, conduc la un preț al achiziției produselor mai ridicat, sens în care indică riscul de fluctuație a cursului de schimb valutar, atât în faza de execuție (18-24 luni), cât și în cea de mentenanță (20 luni).

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită acordarea posibilității participanților la procedură de a-și exprima ofertele, „fie în EUR, fie într-o combinație EUR și RON”.

Totodată, contestatoarea susține că limitarea ofertanților la moneda națională conduce și la încălcarea liberului acces la achizițiile publice, al principiilor nediscriminării și recunoașterii reciproce, în sensul în care la procedură de atribuire în cauză pot participa și operatori economici care nu sunt din România, astfel cum rezultă din interpretarea dispozițiilor art. 3 alin. (gg) și alin. (jj) din Legea nr. 98/2016, aceștia

putând fi aflați: (i) într-un stat membru UE; (ii) un stat membru al Spațiului Economic European; (iii) țări terțe semnatare ale unor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber pe piața în domeniul achizițiilor publice.

Așadar, susține contestatoarea, limitarea elaborării propunerii financiare exclusiv la moneda națională este de natură a încălca cele două principii anterior menționate, precum și de a îngreuna accesul la procedură al resortisanților din alte state, care trebuie să calibreze oferta la cursul valutar și la taxele bancare din România, existând riscul ca aceștia să ofere un preț nesustenabil sau nerezonabil tocmai pentru că nu cunosc toate implicațiile survenite ca urmare a schimbului valutar și a aplicării taxelor bancare.

Autoarea contestației afirmă că elaborarea propunerii financiare și plata contractului de achiziție publică în moneda Euro ar asigura respectarea principiilor proporționalității, transparenței și tratamentului egal în raport de orice ofertant în cadrul procedurii de atribuire pentru că: (i) ofertanții care au sediul social în România suportă costurile în aceeași manieră precum resortisanții din statele membre ale Uniunii Europene; (ii) niciun prejudiciu nu poate surveni autorității contractante, dimpotrivă, aceasta având posibilitatea reală, concretă și mai facilă de a verifica propunerile financiare în mod egal, echivalent, fără a fi suportate costuri bancare suplimentare și necesare.

În continuare, contestatoarea afirmă că se impune a fi modificată și modalitatea de plată a produselor prin eșalonarea plăților pentru a se asigura echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a obligațiilor și drepturilor asumate de către părți.

Față de acest aspect, contestatoarea arată că, potrivit modalității de plată statuată la nivelul documentației de atribuire, furnizorul va fi plătit de către organizatoarea procedurii abia într-un termen de 60 de zile de la data la care produsele sunt livrate și recepționate. Or, în condițiile în care proiectarea și executarea produselor oferite este un proces complex, ce presupune costuri semnificative pentru materiale, manoperă, inginerie și pentru pregătirea fabricației, costuri ce ar trebui susținute integral de către furnizor pentru o perioadă de cel puțin 18 luni – 24 luni (perioada limită pentru livrarea primei locomotive electrice), ofertantul este supus unui efort financiar neechilibrat prin comparație cu obligațiile asumate de către ....

Astfel, în opinia contestatoarei, se impune includerea modalității de plată eșalonată a produselor care urmează a fi livrate și recepționate de către autoritatea contractantă, pentru o utilizare mai eficientă a fondurilor nerambursabile, asigurându-se plăți constante în intervale de timp rezonabile.

În ceea ce privește solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, contestatoarea susține că este singura măsură care poate proteja ofertanții anterior verificării legalității

și temeiniciei contestației depuse, În continuare, aceasta prezentând propriile argumente cu privire la cazul temeinic justificat și producerea unei pagube iminente

Nu în ultimul rând, contestatoarea afirmă că, în contextul în care nicio altă măsură nu poate asigura legalitatea și respectarea principiilor aferente materiei achizițiilor publice, se impune anularea procedurii de atribuire.

Așadar, în opinia contestatoarei, în situația în care criticile îi vor fi respinse, singurul remediu posibil a fi întreprins pentru a restabili legalitatea prezentei proceduri este anularea acesteia, dat fiind că:

(a) Modalitatea de exprimare a valorilor financiare exclusiv în RON creează dezechilibre majore între ofertanți, încălcând liberul acces la achizițiile publice și conducând la o ineficientă utilizare a fondurilor publice. Având în vedere faptul că fondurile europene sunt atrase în EURO, prin stabilirea unei valori în această monedă s-ar evita și costurile financiare în celălalt sens, în care finanțatorul suportă costurile de conversie din EURO în RON pentru a plăti furnizorii contractați.

(b) Consiliul are posibilitatea de a proceda la anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016<sup>15</sup>.

Contestatoarea sintetizează criticile sale după cum urmează:

1. Se impune suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a contestației;

2. Cerințele privind moneda în care participanții la procedură pot oferta sunt restrictive și discriminatorii;

3. Se impune anularea procedurii de atribuire dat fiind că menținerea valorii exclusiv în RON este de natură a distorsiona concurența.

În drept, acesta își întemeiază contestația pe prevederile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate celelalte dispoziții legale la care am făcut trimitere în cuprinsul documentului. În probațiune, anexează înscrisuri.

Dovada transmiterii contestației către autoritatea contractantă a fost atașată.

Prin adresa nr. .../.../.../..., în temeiul art. 61<sup>1</sup> alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei dovada constituirii cauțiunii în valoare de 220.000,00 lei.

Prin adresa nr. 22/632/21.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere asupra contestației formulată de SC ... SA.

Astfel, cu privire la punctele „2 și 3” din contestație (capetele de cerere b. și c.), precizează următoarele:

- valoarea procedurii aflată în derulare s-a realizat în moneda națională, respectiv RON, conform prevederilor art.12 pct.5 lit. c) din Anexa de la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare;

- autoritatea contractantă este o instituție de drept public finanțată integral de la bugetul de stat și se supune prevederilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completări ulterioare;
- previziunile bugetare precum și realizarea estimărilor în ceea ce privește achizițiile publice, la nivelul instituției, se realizează exclusiv în moneda națională - RON;
- în documentația de atribuire și în fișa de date aferente procedurii în cauză, moneda de referință este RON;
- valorile ale acestui proiect de investiții sunt exprimate în RON și au fost aprobate prin HG nr. 1191/29.09.2022, în conformitate cu prevederile art. 42 pct. 1 lit. a) din Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare.

Prin urmare, față de cele de mai sus, ... susține că, prin modificarea monedei, s-ar încălca prevederile Legii nr. 500/2002 și ale HG nr. 1191/29.09.2022, creându-se un real avantaj ofertantului care solicită această modificare și, în același timp, un dezavantaj evident pentru ceilalți potențiali ofertanți.

Totodată, precizează că modificarea solicitată nu ar respecta nici principiul tratamentului egal, prevăzut de art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, sens în care menționează că respectarea acestuia *„presupune ca, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți”*.

În opinia autorității contractante, prin schimbarea monedei de referință, la acest moment, s-ar încălca prevederile legislației în vigoare anterior menționată și s-ar crea, pentru toate părțile implicate, o perturbare cu impact major în derularea procedurii.

Referitor la solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză, aceasta este lăsată la latitudinea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor care, *„dacă este cazul (...) poate dispune suspendarea procedurii până la soluționarea contestației”*.

Cu privire la cererea de anulare a procedurii de atribuire în cauză, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca nefondată, deoarece este posibilă continuarea legală a procedurii de atribuire, fiind furnizate informațiile necesare pentru pregătirea ofertelor, astfel încât operatorii economici interesați să participe la procedură să își poată depune oferta/ofertele înainte de termenul limită de primire a acestora.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că temeiul invocat de contestatoare, respectiv art. 26 din Legea 98/2016 se referă la excepțiile de la aplicarea Legii 98/2016 în cazul *„contractelor din sectoarele de apă, energie, transporturi și servicii poștale”*.

Față de cele de mai sus, în opinia autorității contractante, *„consideră că contestația (...) depusă de ... SA (...) a*

*rămas fără obiect și, pe cale de consecință, vă rugăm să o respingeți ca nefondată”.*

Dovada comunicării punctului de vedere către reprezentantul convențional al contestatoarei a fost atașată.

Prin intermediul adresei înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., SC ... SA transmite la dosarul cauzei înscrisuri, în probațiune.

Cu adresa nr. 22/645/25.10.2022, înregistrată la CNSC cu nr. .../..., ... transmite, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 834/26.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., contestatoarea solicită Consiliului să ia act de renunțarea sa la cererea de studiere a dosarului cauzei.

Prin adresa nr. 830/24.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../... contestatoarea a transmis în original recipisa de consemnare nr. ... din 21.10.2022 a sumei de 220.000,00 lei, emisă de CEC BANK, Sucursala ....

Prin adresa nr. 835/28.10.2022, înregistrată la CNSC cu nr. .../..., SC ... SA a transmis note scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

În acest sens, contestatoarea susține că nicio dispoziție legală aplicabilă materiei achizițiilor publice nu restricționează ... de la utilizarea unei alte monede decât cea națională, nici chiar actele normative invocate de către acesta.

Față de cele de mai sus, contestatoarea precizează următoarele:

- dispozițiile art. 12 pct. 5 lit. c) din anexa la H.G. nr. 395/2016 statuează exclusiv obligația autorității contractante de a ține cont de valoarea estimată a contractului, exprimată în lei, fără TVA, la momentul la care stabilește programul anual al achizițiilor publice, însă o astfel de obligație nu restricționează și nu conduce la premisa că toate contractele încheiate de către ARF, urmare a procedurilor de atribuire, trebuie să fie în moneda națională;
- nici indicatorii tehnico-economici ai proiectului de investiții, redați prin H.G. nr. 1191/29.09.2022, nu stabilesc o astfel de obligație în sarcina autorității contractante; dimpotrivă, explicit se indică în cadrul Hotărârii nr. 1191/2022 faptul că *„finanțarea proiectului de investiții prevăzut la art. 1 se realizează din fonduri externe nerambursabile, prin Planul Național de Redresare și Reziliență”*, expresia în cauză conducând, în opinia contestatoarei, la moneda EURO;
- nici faptul că este exprimat în lei pragul valoric pentru care Guvernul aprobă documentațiile tehnico-economice nu poate justifica în opinia contestatoarei, decizia organizatoarei procedurii de a menține în exclusivitate moneda națională pentru încheierea contractului, invocarea Legii nr. 500/2002 ca temei de drept neputând fi primită;
- principiul tratamentului egal nu ar fi nicidecum încălcat prin completarea/ modificarea documentației de atribuire întrucât cerințele ar

fi cunoscute de către toți ofertanții la momentul depunerii ofertelor și, implicit, aceștia ar beneficia de aceleași șanse în câștigarea contractului; de asemenea, cei mai mulți producători de material rulant, eventuali și posibili participanți, achită costurile de producție în EURO, fapt pentru care, de măsura de completare/modificare a documentației de atribuire, ar putea beneficia toți operatorii economici implicați în procedură (inclusiv autoritatea contractantă, în contextul în care sursa de finanțare este în Euro).

În concluzie, afirmă contestatoarea, alegerea, de către autoritatea contractantă, exclusiv a monedei naționale nu este fundamentată, drept pentru care se impune completarea/modificarea cerințelor documentației de atribuire prin includerea posibilității de a se elabora propunerea financiară și, totodată, de a semna contractul de achiziție publică și în moneda EURO.

Referitor la critica privind modul în care se va efectua plata contractului aferent, contestatoarea susține că, în cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă *„ignoră solicitarea de eşalonare a plăților întocmai pentru a se asigura echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a obligațiilor și drepturilor asumate de către părți”*, aspect care denotă, în opinia sa, recunoașterea tacită, de către autoritatea contractantă, a faptului că eşalonarea plăților este singura măsură care asigură echilibrul contractual.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă, în cadrul punctului de vedere aferent, nu a prezentat argumente referitoare la critica SC ... SA ce vizează cerința/clauza contractuală referitoare la *„modalitatea de plată a prețului produselor furnizate”*, în temeiul art. 20 alin. (1) și (4) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 53269/2541/C6/31.10.2022, Consiliul a solicitat ... completarea acestuia.

Prin adresa nr. 22/675/01.11.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ... transmite că *„își menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 22/632/21.10.2022”*.

Prin adresa nr. 830/24.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../... contestatoarea a transmis în original recipisa de consemnare nr. ... din 21.10.2022 a sumei de 220.000,00 lei, emisă de CEC BANK, Sucursala ....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții*

*optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”, cod CPV 34620000-9 – Material rulant (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. .../....*

La pct. II.1.5) *Valoarea totală estimată* din cadrul anunțului de mai sus se menționează un quantum situat în intervalul 702.453.762,18 lei – 1.036.568.887,80 lei, fără TVA, la pct. II.2.5) Criteriul de atribuire fiind precizat *„cel mai bun raport calitate - preț”*, factorii de evaluare și ponderea alocată acestora fiind următoarea: *„Prețul ofertei - 70%, Disponibilitatea locomotivelor electrice în perioada de garanție și în perioada de mentenanță - 12%, Program de livrare: 15% și Capacitatea locomotivelor electrice să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h în perioada de garanție și în perioada de mentenanță - 3%”*.

În urma luării la cunoștință a documentației de atribuire aferentă anunțului mai sus menționat, în termenul legal, SC ... SA a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând cele menționate în partea introductivă, inclusiv *„suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații”*.

Potrivit dispozițiilor art. 22 alin. 1) din Legea nr. 101/2016, *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației”*.

Având în vedere norma juridică anterior invocată, prin Încheierea nr. .../.../.../..., Consiliul a dispus următoarele: *„Admite cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației formulate de către SC ... SA (...) în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în (...)”*.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Pentru început, Consiliul va avea în vedere dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*.

Față de dispozițiile mai sus invocate, Consiliul va ține seama de faptul că prin adresa nr. 834/26.10.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.

.../..., contestatoarea solicită „a se lua act de renunțarea la solicitarea de studiere a dosarului nr. .../.../2022”.

Pe de altă parte, Consiliul nu va putea lua în considerare alegațiile autorității contractante din punctul de vedere nr. 22/632/21.10.2022, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. .../..., potrivit căroră „*contestația (...) a rămas fără obiect și, pe cale de consecință, vă rugăm să o respingeți ca nefondată*”, întrucât contestația în cauză are un obiect clar, în sensul obligării autorității contractante la „*modificarea/ completarea parțială (...) a cerinței IV. Modul de prezentare a propunerii financiare (...) și a clauzei 6 din carul contractului, în ceea ce privește moneda în care se transmite oferta financiară, precum și modalitatea de plată*”, fiind respectate în această privință dispozițiile art. 10 lit. e) din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele: „*Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: e) obiectul contestației*”.

Astfel, referitor la prima critică a contestatoarei, Consiliul reține că la pct. IV.4.2. Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date a achiziției se precizează că „*(...) Oferta va fi exprimată în Lei fără TVA, calculată la cursul comunicat de BNR pentru data publicării anunțului de participare în SEAP*”.

Legat de acest aspect, demne de luat în considerare sunt și dispozițiile art. 12 alin. 1) și 5) lit. c) din H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căroră „*(1) Autoritatea contractantă are obligația de a elabora programul anual al achizițiilor publice (...); (5) Programul anual al achizițiilor publice trebuie să cuprindă cel puțin informații referitoare la: c) **valoarea estimată a contractului/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit ca rezultat al derulării unui proces de achiziție, exprimată în lei, fără TVA***”.

Consiliul va reține și dispozițiile art. 12 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, „*valoarea estimateă a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire*”.

Nu în ultimul rând, Consiliul va lua în considerare că toate valorile prevăzute în cadrul H.G. nr. 1191/2022 pentru aprobarea Notei de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente proiectului de investiții "Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători" sunt exprimate exclusiv în lei.

Prin urmare, din cadrul juridic anterior fixat, Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut, în mod corect, valoarea estimată, aferentă procedurii de achiziție publică în cauză, în lei.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge alegațiile contestatoarei din cadrul concluziilor scrise nr. 835/28.10.2022, înregistrate la C.N.S.C. sub nr. .../..., potrivit cărora *„obligația de a stabili valoarea estimată a contractului în programul anual al achizițiilor publice nu restricționează și nu conduce la premisa ca toate contractele încheiate (...) urmare a procedurilor de atribuire, să fie în moneda națională”*, întrucât, pe de-o parte, quantumul alocat achiziției în cauză, cu moneda respectivă, este ulterior preluat atât în cadrul strategiei de contractare, cât și al anunțului de participare, iar pe altă parte, planurile anuale de achiziții publice în cauză se publică în SEAP, conform art. 12 alin. 6) din H.G. nr. 395/2016, anterior citat, fiind aduse astfel la cunoștința oricărui operator economic interesat în a depună ofertă.

Așadar, din această succesiune a documentelor elaborate în vedere înțierii procedurii de atribuire în cauză, rezultă că moneda – leul românesc este cea în care s-a exprimat quantumul aferent menționat în planul anual de achiziții publice, strategia de contractare nr. 22/594/07.10.2022, pag. 1 – 34, respectiv anunțul de participare nr. .../..., fapt ce impune păstrarea acesteia, astfel cum este precizată în cadrul documentației de atribuire respective.

În completarea celor de mai sus, Consiliul va lua în considerare și faptul că potrivit celor enunțate la pct. II.2.5) Criteriul de atribuire din fișa de date a achiziției, *„Prețul ofertei”* este unul dintre factorii de evaluare ai ofertelor, cu următoarele caracteristici: *„Factorul de evaluare ”Prețul ofertei” la componentă financiară reprezintă ”Costul pe ciclul de viață”. Acesta cuprinde costul de achiziție, valoarea actualizată a costului de mentenanță pe 40 de ani și valoarea actualizată a costului cu consumul de energie electrică pe 40 de ani. Metoda și formula de calcul sunt prezentate în detaliu în Anexa 7 la caietul de sarcini (...) „criteriul cost se calculează prin însumarea cuantificărilor în unitatea monetară (...) **Moneda utilizată la cuantificarea unităților monetare în valoare netă este cea în care se exprimă prețul contractului**”*.

Potrivit dispozițiilor art. 139 alin. 1) și 2) din H.G. nr. 395/2016, *„1) În cazul în care atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru se face pe baza criteriului ”cel mai bun raport calitate-preț” sau ”cel mai bun raport calitate- cost”, evaluarea ofertelor se realizează prin acordarea, pentru fiecare ofertă în parte, a unui punctaj rezultat ca urmare a aplicării algoritmului de calcul stabilit în documentația de atribuire; 2) În cazul prevăzut la alin. (1), se stabilește clasamentul ofertelor prin ordonarea descrescătoare a punctajelor respective, oferta câștigătoare fiind cea de pe primul loc, respectiv cea cu cel mai mare punctaj”*.

În aceste condiții, Consiliul va respinge și alegațiile contestatoarei prin care aceasta *„solicită să fie acordată ofertanților posibilitatea de a-și exprima ofertele (...) într-o combinație EUR și RON (...)”*, întrucât, pentru a putea compara, în mod neechivoc, prețurile propuse de către ofertanți, acestea trebuie să fie într-o singură monedă, în cazul de față, leul românesc și nu în euro sau mix valori: euro/leu.

Totodată, Consiliul are în vedere și prevederile art. 3 alin. 1) din Regulamentul BNR nr. 4/2005 (republicat), conform căroră *„Plățile, încasările, transferurile și orice alte asemenea operațiuni între rezidenți, care fac obiectul comerțului cu bunuri și servicii, se realizează numai în moneda națională (leu)”*, în condițiile în care atât autoritatea cât și contestatoarea au calitatea de persoană juridică română, iar plățile între acestea se vor face exclusiv în lei.

Consiliul nu va lua în considerare nici alegațiile contestatoarei cu privire la *„riscul valutar (hedging)”*, întrucât la pct. 6.6. Revizuirea prețurilor din modelul de contract, pag. 44, există o clauză compensatorie, cu următorul conținut: *„Având în vedere că durata contractului depășește 24 de luni, conform legislației în vigoare, art. 164 alin. (8) din HG 395/2016, este introdusă o clauză de ajustare/ revizuire a prețului (...)”*.

Cu toate că, potrivit normei juridice invocate anterior (art. 164 alin. (8) din HG 395/2016), *„Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului (...) pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni (...)”*, contestatoarea nu face absolut nicio referire la această măsură compensatorie.

Nu în ultimul rând, Consiliul constată că menținerea, la acest moment, a monedei naționale în cadrul documentației de atribuire va conduce implicit și la respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, consacrate la art. 2 alin. 2 ) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, fapt ce conduce la respingerea, ca nefondată a criticii în cauză.

Cea de-a doua critică a contestatoarei se referă la modalitatea de plată a produselor, SC ... SA solicitând modificarea clauzei contractuale, în sensul *„eșalonării plăților”*.

Referitor la acest aspect, Consiliul reține că la pct. 6.3. pct. c) din Modelul de contract, pag. 44, este enunțată următoarea clauză: *„Autoritatea Contractantă are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de 60 (șaizeci) zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise”*.

Față de clauza respectivă, contestatoarea afirmă că *„furnizorul va fi plătit de către AFR abia într-un termen de 60 zile de la data la care produsele sunt livrate și recepționate (...) practic toate costurile necesare producției produselor sunt susținute de către furnizor pentru o*

*perioadă de cel puțin 18 luni – 24 luni (...) măsura posibil a fi aplicată pentru restabilirea echilibrului contractual dintre părți este aceea a plăților eșalonate (...)*".

De asemenea, prin „notele scrise” nr. 835/28.10.2022, înregistrate la C.N.S.C. sub nr. .../... și elaborate ca urmare a luării la cunoștință de către contestatoare a punctului de vedere nr. 22/632/21.10.2022, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. .../..., contestatoarea subliniază că „(...) AFR ignoră solicitarea de eșalonare a plăților (...) **niciun considerent al punctului de vedere nu vizează solicitarea Alstom de modificare a modalității de plată stabilită prin documentația de atribuire**; conduit AFR denotă o recunoaștere tacită a faptului că eșalonarea plăților este singura măsură aptă să asigure echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a contractului (...) modalitatea de plată stabilită prin documentația de atribuire este de natură a conduce la un efort financiar neechilibrat în sarcina ofertantului (...)".

Potrivit dispozițiilor art. 20 alin. 1) din Legea nr. 101/2016, „În vederea soluționării contestației, Consiliul are dreptul de a solicita lămuriri părților, de a administra orice mijloace de probă permise de lege și de a solicita orice date și documente, în măsura în care acestea sunt relevante în raport cu obiectul contestației”.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a prezentat în cadrul punctului de vedere aferent, argumente privind critica față de clauza „modalității de plată” existentă în modelul de contract, în temeiul normei juridice anterior invocate, prin adresa nr. .../.../.../..., Consiliul a solicitat ... „completarea, în concret, a punctului de vedere”, pe acest aspect.

La solicitarea de mai sus, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 22/675/01.11.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., în cadrul căreia a menționat „că își menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 22/632/21.10.2022 (...)”.

Altfel spus, deși procedura de atribuire în cauză este una deosebit de importantă pentru domeniul transportului feroviar de călători, cu o valoare estimată de peste un miliard de lei, sumă care ar urma să fie asigurată prin intermediul PROGRAMULUI NAȚIONAL DE REDRESARE ȘI REZILIENȚĂ, autoritatea contractantă, în desconsiderarea principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, refuză să prezinte informații/ argumente care să explice/ lămurească modul în care au fost configurate clauzele privind modalitatea de plată a produselor [în cazul de față, a celor 16 (șaisprezece) locomotive electrice].

În continuare, Consiliul reține că potrivit art. 20 alin. 1) lit. c) din H.G. nr. 395/2016, „Documentația de atribuire este alcătuită din următoarele: c) proiectul de contract conținând clauzele contractuale obligatorii (...)”.

Din analiza documentelor anexate dosarului cauzei, respectiv a modelului de contract, Consiliul va lua în considerare că la pct. 6.3 lit. c) Plăți, pag. 44, se specifică următoarele: *„Autoritatea Contractantă are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de 60 (șaizeci) zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise”*.

De asemenea, la pct. 5 din caietul de sarcini, pag. 83, se precizează că *„termenul de livrare al tuturor LE (întregul lot) este cuprins între 25 luni și 35 luni de la semnarea contractului, ofertele care vor conține un termen de livrare mai mare de 24 de luni de la semnarea contractului vor fi declarate neconforme”*.

În completare, la pct. 7 din caietul de sarcini, pag. 83, se menționează următoarele: *„Cadența minimă de livrare este de minim 2 LE/lună”;* în cadrul aceleiași cerințe, autoritatea contractantă prezintă *„un calendar estimat pentru o cadență cuprinsă între 2 și 4 LE/lună”*, potrivit căruia prima ramă/locomotive electrică ar trebui livrată după 18 (optsprezece) luni de la semnarea contractului.

Altfel spus, din coroborarea clauzelor contractuale cu cerințele caietului de sarcini (exemplul nr. 1), ar rezulta că plata pentru prima locomotive livrată s-ar face după minim 20 (douăzeci) de luni de la semnarea contractului (18 luni perioadă livrare + 2 luni de la emiterea facturii).

Cu toate că ne aflăm în prezența unui contract de achiziție publică complex, cu o valoare estimată foarte mare, finanțat din bani publici, autoritatea contractantă refuză, inclusiv, ca urmare a solicitării exprese din partea Consiliului, la prezentarea informațiilor/raționamentelor pe baza cărora a fost elaborată clauza respectivă, fapt ce conduce la nerespectarea dispozițiilor imperative ale art. 20 alin. 4) din Legea nr. 101/2016, conform căroră ***„Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde la orice solicitare a Consiliului și de a-i transmite acestuia orice documente care prezintă relevanță pentru soluționarea contestației (...)”***.

În cazul de față, sancțiunea pentru conduita autorității contractante se regăsește în prevederile alin. 5) ale articolului de lege anterior citat, în sensul că prezenta contestație urmează *„să fie soluționată pe baza documentelor deja depuse la dosar”*.

Or, în lipsa informațiilor de mai sus și prin raportare la modul în care este formulată clauza contractuală criticată, Consiliul constată că aceasta nu este formulată cu rigoarea impusă de dispozițiile art 20 alin. 2) din H.G. nr. 395/2016, conform căroră *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*.

Consecința nerespectării normei juridice anterior invocată este și nerespectarea principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. d) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în sensul că potențialii

oferanți nu beneficiază de o informare corectă cu privire la clauza contractuală criticată.

În același timp, Consiliul constată că respectiva clauză nu respectă nici principiul echilibrului contractual, conform căruia fiecare contract trebuie să genereze sau să permită un echilibru al prestațiilor reciproce, menit a asigura fiecareia dintre părți efectele utile ale contractului, în sensul că **„prestațiile părților trebuie să fie proporționale și coerente”**.

Principiul proporționalității, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, precum și în jurisprudența C.J.U.E. (C-157/96), impune ca măsurile adoptate de instituții (inclusiv cele prevăzute în documentația de atribuire/model de contract) să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Or, din motivarea de mai sus, precum și din cauza lipsei informațiilor care ar fi trebuit prezentate de către serviciul juridico – economic al autorității contractante, rezultă că, în cazul de față, clauza privind modalitatea de plată produce un dezechilibru contractual, impunându-se a fi modificată în sensul corelării acesteia atât cu scopul urmărit, cât și cu complexitatea realizării acestuia (conform anunțului de participare nr. .../ ..., obiectul contractului aferent procedurii de atribuire în cauză îl reprezintă achiziția a „16 locomotive electrice noi și mentenanța acestora pe o perioadă de 20 ani de la livrarea fiecărei locomotive electrice”).

Importanța echilibrului contractual și a clauzei respective, este subliniată, în mod constant, la nivelul jurisprudenței Uniunii Europene, în sensul că *„echilibrul formal pe care contractul îl instituie între drepturile și obligațiile contractanților trebuie înlocuit cu un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea între aceste părți”* (C472/20).

De asemenea, în vederea instituirii unui echilibru real în cadrul contractului, Consiliul consideră că modalitatea de plată trebuie corelată și cu clauza de la pct. 6.9. Garanție pentru plăți în avans și bună execuție din modelul de contract, pag.46, potrivit căreia *„(a) La solicitarea furnizorului, Autoritatea Contractantă acordă plata în avans, valoarea acesteia va fi de 15%, din valoarea prețului de achiziție al Produselor (la care se adaugă TVA), în condițiile legii”*, pentru evitarea oricăror ambiguități în executarea ulterioară a acestuia.

Prin urmare, Consiliul urmează să oblige autoritatea contractantă la modificarea clauzei contractuale privind modalitatea de plată, conform motivării de mai sus, cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, conform căroră *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie*

*publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.*

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de anulare a procedurii de atribuire în cauză, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, întrucât remedierea acesteia se face cu respectarea principiilor consacrate la art. 2 alin. 2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Referitor la cererea de modificare a cerinței de la pct. IV.2.4.Limbile în care pot fi depuse ofertele din fișa de date a achiziției, Consiliul o va respinge ca nemotivată, întrucât nu conține absolut niciun argument care să susțină solicitare în cauză, aspect contrar dispozițiilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, conform căroră „*Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: f) motivarea în fapt și în drept a contestației*”.

Față de aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către SC ... SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., numai în ceea ce privește critica aferentă clauzei contractuale privind modalitatea de plată.

Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu modificarea clauzei contractuale respective, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de eșalonare a plăților, conform motivării aferente și cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, anterior citat, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Va respinge celelalte solicitări, inclusiv cea de anulare a procedurii, ca nefondate.

Va respinge, ca nemotivată, cererea de modificare a cerinței de la pct. IV.2.4.Limbile în care pot fi depuse ofertele din fișa de date a achiziției

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,  
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

### **CONSILIUL DECIDE:**

Admite, în parte, contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., formulată de către SC ... SA, cu sediul în municipiul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul ..., numai în ceea ce privește critica aferentă clauzei contractuale privind modalitatea de plată.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu modificarea clauzei contractuale respective, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de eşalonare a plăţilor, conform motivării aferente şi cu respectarea dispoziţiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, anterior citat, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nemotivată, cererea de modificare a cerinţei de la pct. IV.2.4. Limbile în care pot fi depuse ofertele din fişa de date a achiziţiei.

Respinge celelalte solicitări, inclusiv cea de anulare a procedurii, ca nefondate.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispoziţiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.

**Preşedinte,**

...

**Membru,**

...

**Membru,**

...