

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 15/C9/3024

Data: 04.01.2023

Prin contestația nr. 913/07.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59944/08.12.2022, depusă de (...), cu sediul în (...), unde solicită comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare *20 rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR, destinate conectării centrelor urbane din România și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri*, cod CPV 34620000-9-Material rulant (Rev. 2), de (...), cu sediul în (...), în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a contestației, fiind îndeplinite condițiile reglementate de art. 22 din Legea nr. 101/2016; modificarea/completarea parțială a cerinței IV.2.4, a cerinței IV.4.2. Modul de prezentare al propunerii financiare și a cerinței VI.3. Informații suplimentare din fișa de date, art. II Prețul Contractului și a clauzei 6 Plăți contractuale din cadrul contractului, în ceea ce privește moneda în care se transmite oferta financiară, precum și modalitatea de plată și a cerinței 3.5.2. Ușile de acces din caietul de sarcini; 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; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 98/2016; accesul la dosarul achiziției publice.

Prin Încheierea nr. 3132/C9/3024 din 12.12.2022, s-a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care (...) critică prevederile documentației de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestația vizează cerințele documentației de atribuire prin care se impune exprimarea propunerii financiare, precum și a prețului contractului exclusiv în moneda națională (RON), precum și modalitatea de plată a produselor furnizate exclusiv la momentul recepției acestora, deși costurile care vor fi necesar a fi suportate pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale sunt într-o altă monedă, respectiv EUR; există posibilitatea ca, la procedura de atribuire, să participe operatori economici din statele membre ale Uniunii Europene; plata neșalonată a prețului produselor ofertate conduce la un dezechilibru între părțile contractuale întrucât furnizorul trebuie să suporte un risc și un efort financiar crescut pentru realizarea celor 20 rame electrice. Modalitatea în care aceste cerințe au fost impuse de către (...) conduce la încălcarea principiilor necesar a fi respectate în materia achizițiilor publice: nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, tratamentul egal și proporționalitatea.

Susține că modificarea/completarea documentației de atribuire prin acordarea posibilității de transmitere a ofertei financiare și în euro (măcar parțial) este singura măsură aptă a menține tratamentul egal între ofertanți, de altfel, se impune și modificarea modalității de plată întocmai pentru a se asigura echilibrul contractual.

Nicio dispoziție legală nu restricționează dreptul ofertanților de a elabora propunerea financiară/de a încheia contractul de achiziție publică exclusiv în moneda națională.

Astfel, în contextul în care finanțarea se asigură în Euro, cea mai facilă modalitate de elaborare a propunerii financiare și, ulterior, de plată a ofertantului desemnat câștigător este în aceeași monedă, întrucât un astfel de demers scutește atât autoritatea contractantă, cât și ofertantul, de schimburi valutare (și alte taxe bancare) necesar a fi acoperite în maniera în care impune, la acest moment, documentația.

Contestatoarea adaugă faptul că se va realiza neutralizarea, cât mai eficient, a impactului costurilor financiare de hedging. Concret, astfel cum adresa transmisă anterior către autoritatea contractantă exhaustiv explică, o serie de costuri semnificative impactează, în prezent, operatorii economici din spațiul Uniunii Europene care intenționează să participe la această procedură de atribuire, suportând costurile de producție în euro, prezentând argumente în acest sens.

Astfel, contestatoarea solicită să fie acordată ofertanților posibilitatea de a-și exprima ofertele, fie în EUR, fie într-o combinație EUR și RON pentru a neutraliza cât mai eficient impactul costurilor financiare de hedging.

Menționează că limitarea ofertanților la moneda națională conduce și la încălcarea liberului acces la achizițiile publice, principiul nediscriminării și recunoașterii reciproce.

De asemenea, susține că modalitatea de plată a produselor se impune a fi modificată prin eşalonarea plăților pentru a se asigura echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a obligațiilor și drepturilor asumate de către părți. Sunt prezentate exemplificativ anumite modalități de plată a produselor.

Singura măsură posibil a fi aplicată pentru restabilirea echilibrului contractual dintre părți este doar aceea a plăților parțiale, eşalonate pe parcursul derulării contractului, în raport/în concordanță cu avansarea proiectului/îndeplinirea obligațiilor contractuale. O astfel de modificare a condițiilor impuse prin documentația de atribuire ar conduce, de fapt, la o mai eficientă utilizare a fondurilor nerambursabile, întrucât sunt executate plăți constante în intervale de timp rezonabile.

O altă critică a contestatoarei privește ușile de acces, aceasta susținând că cerința impune ca ofertanții să asigure minim o ușa pentru fiecare vagon, pretinzând că astfel s-ar asigura un acces facil, însă, în realitate, cerința nu reflectă respectarea standardelor de interoperabilitate privind evacuările necesare, impunându-se ca această cerință privind ușile de acces să fie stabilită în raport de numărul de pasageri/scaune pe care îl deservește, respectiv în raport de distanța pe care aceștia trebuie să o parcurgă până la ușa de acces.

Varianța actuală de impunere afectează semnificativ concurența, dezavantajând ofertanții care prezintă un tren articulat; fără a corela numărul de uși cu pasagerii pe care acestea îi deservesc, numărul de uși devinând aleatoriu stabilit, impunându-se ca, prin remedierile pe care le solicită, să se ia în considerare un număr de 50 de pasageri/locuri posibil a fi deserviți prin fiecare ușa de acces.

Cu privire la viteza maximă a trenurilor, cerința impusă prin caietul de sarcini este: „RE-IR va fi capabilă să circule cu viteza maximă care este cuprinsă între 160 km/h și 200 km/h, în condiții maxime de încărcare și de funcționare”.

Totuși, bugetul achiziției a fost determinat în urma consultărilor de piață, pentru trenuri cu viteza de 200km/h. Pentru consecvența deciziilor și, totodată, pentru a nu distorsiona concurența, ar fi util și necesar ca autoritatea să revină asupra posibilității ofertanților de a opta între modele diferite de trenuri (în funcție de viteza posibil a fi atinsă), respectiv să impună doar viteza maximă de 200 km/h, astfel cum a procedat și în consultarea de piață.

Prin adresa nr. 22/792/12.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 60980/13.12.2022, (...) transmite punctul de vedere cu privire la contestație.

Referitor la cererea de modificarea a cerinței de la pct. IV 2.4 Limbile în care pot fi depuse ofertele sau cererile de participare, solicită

să se constate că această solicitare nu conține niciun argument care să o susțină, aspect contrar dispozițiilor prevederilor art. 10 lit. f).

Cu privire la solicitarea de recunoaștere a valorii în euro pentru respectarea tratamentului egal între ofertanți, consideră că, prin modificarea monedei, s-ar încălca prevederile Legii nr. 500/2002 și ale HG nr. 904/13.07.2022, creându-se un real avantaj ofertantului care solicită această modificare și, în același timp, un dezavantaj evident pentru ceilalți potențiali ofertanți.

Referitor la solicitarea privind eșalonarea plăților, menționează că este lipsită de sens solicitarea contestatarei privind modul de efectuare a plăților, întrucât aceasta solicită plata în cuantum de 90% din valoarea contractului înainte de livrarea și recepția primului tren, ceea ce nu se poate accepta, deoarece aceasta constituie un dezechilibru major pentru bugetul de stat și instituție.

Cu privire la afirmațiile contestatoarei privind clauza contractuală criticată, respectiv modul de eșalonare a plăților, învederează faptul că, din documentația de atribuire, reiese clar modul de eșalonare a plăților, iar acesta asigură echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a obligațiilor și drepturilor asumate de către părți.

În acest sens, autoritatea contractantă prezintă modalitatea de eșalonare a plăților, din care susține că este respectat principiul echilibrului contractual, contrar celor afirmate de contestatoare, precum și a criticilor contestatarei, cu atât mai mult cu cât aceasta beneficiază de un avans de 15% din valoarea contractului înainte de a fi livrat primul produs al achiziției.

Referitor la afirmațiile cu privire la ușile de acces, precizează că, în cadrul ofertei sale tehnice, în ceea ce privește numărul cât și amplasarea ușii, ofertantul are libertatea de a alege și respectiv propune soluția tehnică care respectă cerințele tehnice în ceea ce privește standardele de interoperabilitate (STI) privind accesul și evacuarea în condiții de siguranță a călătorilor, a personalului de exploatare și deservire a RE-IR, iar indiferent de numărul de uși propus în oferta tehnică, ofertantul va ține seama de prevederile legislației în vigoare cu privire la accesul/evacuarea în RE-IR atât în condiții normale de exploatare, precum și în situațiile de urgență (accidente, avarii etc).

Totodată, autoritatea contractantă apreciază ca justă opțiunea de a stabili un interval pentru viteza maximă, respectiv între 160 km/h și 200 km/h, având în vedere următoarele:

- această opțiune este de natură să asigure o concurență extinsă în ceea ce privește primirea și evaluarea de oferte din partea operatorilor economici interesați;

- în mod evident stabilirea unui interval de viteze (160-200 km/h) pentru viteza maximă, elimină constrângerile asupra operatorilor economici de a oferi produse pentru care a fost impusă, în mod exclusiv, o viteză maximă de 200 km/h;

- în ceea ce privește bugetarea achiziției, estimată pe baza consultării de piață, chiar și în condițiile în care consultarea a fost realizată pe scenariul unei rame capabile să atingă și să opereze la o viteză maximă de 200 km/h, decizia de stabilire a unui interval de viteze pentru viteza maximă, în niciun caz nu distorsionează concurența deoarece nu elimină pragul de 200 km/h, ofertanții având posibilitatea să depună oferte pentru rame cu această caracteristică tehnică; prin stabilirea intervalului pragului de 160 km/h - 200km/h, ofertanții care au posibilitatea să oferteze cu produse pentru viteze maxime de 200 km/h, își pot adapta oferta, și astfel reduce presiunea bugetară în ceea ce privește producția prin ofertarea unei/unor game de produse care să încadreze în intervalul stabilit de (...) în cadrul documentației de atribuire.

Cu adresa nr. 22/807/15.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 61710/15.12.2022, (...) a transmis strategia de contractare.

Prin adresa nr. 930/19.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 62462/20.12.2022, contestatoarea transmite note scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, prezentând argumente susținerilor din contestație.

Totodată, renunță la solicitarea de studiere a dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 942/22.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 63402/23.12.2022, contestatoarea formulează note scrise prin care duce la cunoștința Consiliului faptul că a rămas fără obiect critica din cadrul contestației care privește completarea cerințelor documentației de atribuire prin acordarea posibilității ofertanților de a transmite oferta financiară și în moneda EURO, urmare a publicării de către (...) a unei clarificări din oficiu în data de 21.12.2022, respectiv:

(a) cerința IV 2.4 [Modul de prezentare al propunerii financiare] din fișa de date a fost modificată în sensul în care propunerea financiară poate fi transmisă și în moneda Euro.

(b) clauza 6 [Plăți contractuale] din cadrul contractului a fost modificată în sensul *facturile din cadrul contractului de furnizare și prestare de servicii, se vor emite în lei pentru echivalentul euro la cursul lei/euro al Băncii Naționale a României*, prețul rămânând constant și în moneda euro, atât în faza de evaluarea, cât și în faza de execuție a contractului.

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

(...) a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare *20 rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR, destinate conectării centrelor urbane din România și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri*, cod CPV 34620000-9-Material rulant (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1049902/27.11.2022, data limită de depunere a ofertelor fiind

stabilită prin anunț pentru 10.01.2023, ora 15:00. Valoarea estimată a contractului este 2.374.592.589,90 lei, fără TVA.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, (...) a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 59944/08.12.2022, solicitând cele redactate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 220.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. (b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208644530/1 din 09.12.2022, eliberată de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin aceasta se urmărește modificarea/completarea documentației de atribuire prin acordarea posibilității de transmitere a ofertei financiare și în euro (măcar parțial), modificarea modalității de plată pentru a se asigura echilibrul contractual, modificarea cerinței privind ușile de acces, modificarea cerinței privind viteza maximă a trenului.

Prin clarificarea din oficiu nr. 22/831/21.12.2022, s-a modificat cap. IV.4.2) Modul de prezentare al ofertei, în sensul înlocuirii cerinței: *Oferta va fi exprimată în lei fără TVA, calculată la cursul comunicat de BNR pentru data publicării anunțului de participare în SEAP* **cu cerința:** *Oferta va fi exprimată în lei (fără TVA), calculată la cursul comunicat de BNR în data de 04.04.2022, 1 euro=4,9437 lei prevăzut și în HG 1284 din 19.10.2022 pentru aprobarea Notei de fundamentare privind necesitatea și oportunitatea efectuării cheltuielilor aferente proiectului de investiții "Achiziție de 20 de rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR-2". Pentru evaluarea unitară a ofertelor, compararea acestora se va realiza pentru prețul total ofertat, exprimat în lei. Ofertele având prețul ofertat în euro se vor transforma în lei cu utilizarea cursului de schimb privind echivalența lei/euro, comunicat de BNR (Banca Națională a României) în data de 04.04.2022, 1 euro=4,9437 lei.*

Clauzele contractuale, cap. 6, pct. 6.2, au fost modificate astfel: în loc de: 6.2 Facturare și plăți în cadrul contractului: *b) Facturile furnizate se completează, se emit și se transmit în conformitate cu legislația română în vigoare,* **se va citi:** 6.2 Facturare și plăți în cadrul contractului: *b) Facturile din cadrul contractului de furnizare și prestare servicii, se vor emite în lei pentru echivalentul euro la cursul lei/euro al Băncii Naționale a României din data emiterii facturilor și se vor transmite în conformitate cu legislația română în vigoare.*

Prin notele scrise nr. 942/22.12.2022, înregistrate la Consiliu sub nr. 63402/23.12.2022, contestatoarea a adus la cunoștința Consiliului rămânerea fără obiect a criticii sale referitoare la completarea cerințelor documentației de atribuire prin acordarea posibilității ofertanților de a transmite oferta financiară și în moneda euro, urmare publicării clarificării din oficiu nr. 22/831/21.12.2022.

Astfel fiind, Consiliul ia act de rămânerea fără obiect a criticii amintite, urmând a fi respinsă în consecință.

O a doua critică privește modalitatea de plată a produselor, contestatoarea solicitând modificarea ei prin eşalonarea plăților pentru a se asigura echilibrul contractual necesar pentru buna derulare a obligațiilor și drepturilor asumate de părți.

Au fost date, ca exemplu, următoarele termene de plată care pot asigura echilibrul contractual necesar pentru scopul urmărit și complexitatea acestuia: a) 20% din valoarea totală a materialului rulant imediat după semnarea contractului; b) 10% din valoarea totală a matreialului rulant imediat după validarea specificației tehnice; c) 20% din valoarea fiecărui tren la începerea fabricației de serie a carcaselor pentru fiecare din trenurile 2-20; d) 20% din valoarea fiecărui tren la finalizarea echipamnetului de tracțiune pentru fiecare din trenurile 2-20; e) 20% din valoarea fiecărui tren la finalizarea boghiurilor pentru fiecare din trenurile 2-20; f) 10% din valoarea fiecărui tren, după livrarea și recepția acestuia.

Prin contestație, s-a făcut trimitere la decizia Consiliului nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022, în care s-au reținut, între altele:

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 ofertanți 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. CN1048061/ 09.10.2022, 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 căreia *„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 fișa de date a achiziției, la cap. IV. AVANSUL și PLAȚILE, au fost prevăzute următoarele:

- 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.

- Plata în avans va fi rambursată prin deduceri procentuale de 25% din facturile ulterioare. Deducerile vor începe să se facă începând cu prima factură intermediară după acordarea avansului și vor continua din facturile următoare, până la epuizarea avansului primit.

- 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.

Potrivit anexei 7 a caietului de sarcini, criteriul de atribuire este cel mai bun raport „Calitate-Cost” conform prevederilor art. 32 alin. (2) din

HG nr.395/2016, actualizată, și va avea două componente, după cum urmează:

- Componenta Calitate: 30 puncte procentuale (%);
- Componenta Cost (LCC - Life Cycle Cost): 70 puncte procentuale (%).

A. Criteriu - „Calitate” (ponderea în cadrul ofertei: 30 puncte, %) Vom avea o evaluare tehnică după cum urmează:

(...)

A.2. Program de livrare - PL (ponderea maximă în cadrul ofertei: 14 puncte, %)

Programul de livrare va însemna 14 puncte (%) din ponderea totală a evaluării după cum urmează:

(i) $PU^1 = 8\%$ pentru livrarea primei unități în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR în termen de 24 luni de la data semnării contractului (data intrării în vigoare a contractului cu respectarea prevederilor capitolelor 8 și 9 din prezentul caiet de sarcini). Ofertele care vor conține un termen de livrare a PU mai mare de 30 luni vor fi considerate neconforme. Ofertele care vor conține un termen de livrare a PU mai mic de 24 luni nu se vor puncta suplimentar.

Modul de punctare pentru oferte cu un număr intermediar de luni pentru livrarea PU, va fi următorul:

Luni necesare livrării PU	Valoarea pragului (punctaj procentual)
24	8
25-26	6
27-28	4
29	2
30	0

(ii) $IC^2 = 6\%$ pentru livrarea întregii cantități cu o cadență de livrare lunară de 4 RE-IR, după finalizarea procedurilor de autorizare de punere pe piață și recepția PU. Ofertele care vor conține un grafic de livrare a IC mai mic de două RE-IR pe lună vor fi considerate neconforme. Ofertele care vor conține un grafic de livrare a IC mai mare de 4 RE-IR pe lună nu se vor puncta suplimentar.

Modul de punctare pentru oferte cu un număr intermediar de RE-IR livrate lunar, va fi următorul:

Număr trenuri livrate lunar, după autorizarea și recepția PU	Valoarea pragului (punctaj procentual)
4	6
3	3
2	0

Graficul de livrare a întregii cantități ofertat se va încadra în intervalul 28 luni - 43 luni. Ofertele care vor conține un număr mai mare de 43 luni pentru livrarea întregii cantități vor fi declarate neconforme și eliminate.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a adus următoarele explicații, raportat la criteriul de atribuire utilizat:

A doua plată (a doua factură aferentă a 4 rame electrice) se va realiza într-un interval cuprins între minim 24 luni - maxim 26 luni, ținând cont de termenul de plată de maxim 60 de zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise, având în vedere faptul că livrarea primei rame electrice se va face în termen de 24 luni de la semnarea contractului (în scenariul punctat cu maxim la Criteriu - „Calitate”: B. 1. Program de livrare - PL: ponderea maximă în cadrul ofertei: 14 puncte % i) PU = 8% pentru livrarea primei rame electrice în vederea punerii în funcțiune pe rețeaua CFR în termen de 24 luni de la data semnării contractului).

Cea de a treia plată, respectiv încasarea de către Furnizor a celei de a treia facturi (echivalentul a 4 rame electrice, având în vedere o cadență de livrare de 4 rame/lună), se va efectua într-un interval de minim 28 de luni - maxim 30 de luni, ținând cont de termenul de plată de maxim 60 de zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise (în scenariul punctat cu maxim la Criteriu - „Calitate”: B.1. Program de livrare - PL: ponderea maximă în cadrul ofertei: 14 puncte % (ii) IC = 6% pentru livrarea întregii cantități cu o cadență de livrare lunară de 4 rame electrice, după finalizarea procedurilor de autorizare de punere pe piață și recepție).

Precizăm că după a treia plată frecvența facturilor va fi lunară până la livrarea ultimei rame electrice.

Având în vedere modul de eșalonare a plății mai sus menționat considerăm că este respectat principiul echilibrului contractual, contrar celor afirmate de contestatoare, precum și a criticilor contestatei, cu atât mai mult cu cât aceasta beneficiază de un avans de 15% din valoarea contractului înainte de a fi livrat primul produs al achiziției.

Totodată, a fost adus în discuție și faptul că, prin caietul de sarcini, a fost prevăzută modalitatea de ajustare/revizuire a prețului.

Vizavi de scenariul exemplificativ prezentat de contestatoare, astfel cum a arătat și autoritatea contractantă, se solicită plata a 90% din valoarea contractului înainte de livrarea și recepția primului tren, ceea ce, în mod evident, creează un dezechilibru contractual.

Pe de altă parte, acordarea unui avans de 15% din valoarea prețului de achiziție și efectuarea celei de-a doua plăți (a doua factură aferentă a 4 rame electrice) după 26 luni de la data semnării contractului (24 luni perioadă minimă necesară livrării + 2 luni de la data emiterii facturii), din nou, nu asigură un echilibru în cadrul contractului.

Având în vedere valoarea și complexitatea contractului și intervalul foarte mare în care se va asigura livrarea produselor și corelativ plata facturilor, autoritatea contractantă trebuie să facă o analiză a obligațiilor contractuale pe care le are contractantul pe parcursul derulării contractului și avansării proiectului și să ia în calcul efectuarea unor plăți parțiale, constante, în concordanță cu respectivele obligații contractuale.

Cum s-a arătat și în decizia invocată de contestatoare, Curtea Europeană de Justiție a subliniat faptul 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 (cauza C472/20 Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. împotriva PN).

Tribunalul Uniunii Europene a reținut în Hotărârea din 10 decembrie

2009(*), cauza T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV, referitor la

principiul proporționalității următoarele: Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și

necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care

este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998,

National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60).

O măsură adecvată, în cazul analizat, nu este cea de respingere a propunerii contestatoarei de a fi efectuate plăți parțiale, ci de a analiza această posibilitate și de a o corela cu obligațiile care trebuie îndeplinite de contractant pe parcursul derulării contractului.

Cum a arătat petenta și în concluziile scrise, absolut toate costurile implicate de derularea contractului vor fi suportate exclusiv de furnizor pe o perioadă cuprinsă între 24-26 luni (perioada limită pentru livrarea primei rame electrice), iar (...) ar urma să le achite în termen de 60 zile de la data înregistrării facturii. Așadar, în forma actuală, furnizorul suportă toate costurile semnificative, neexistând nicio plată parțială, ci doar un avans de 15 % din prețul achiziției.

Față de cele de mai sus, se impune ca autoritatea contractantă să analizeze posibilitatea de a fi efectuate plăți parțiale, urmând a le stabili în funcție de specificul contractului și obligațiile contractuale existente pe parcursul derulării contractului în sarcina furnizorului.

O altă critică adusă de contestatoare privește cerința de a fi asigurată minimum o ușă pentru fiecare vagon, apreciindu-se că cerința trebuie stabilită în funcție de numărul de pasageri/scaune pe care îl deservește, respectiv în raport de distanța pe care aceștia trebuie să o parcurgă până la ușa de acces. S-a solicitat ca autoritatea contractantă să ia în considerare un număr de 50 pasageri/locuri posibil a fi deserviți pentru fiecare ușă de acces.

În punctul său de vedere, achizitoarea a explicat că este solicitată amplasarea a minim o ușă pe fiecare parte a vagonului, astfel încât să se asigure un acces facil la coborâre pe întreaga lungime a vagonului. În cadrul ofertei sale tehnice,

în ceea ce privește numărul cât și amplasarea ușii, ofertantul are libertatea de a alege și respectiv propune soluția tehnică care respectă cerințele tehnice în ceea ce privește standardele de interoperabilitate (STI) privind accesul și evacuarea în condiții de siguranță a călătorilor, a personalului de exploatare și deservire a RE-IR iar indiferent de numărul de uși propus în oferta tehnică, ofertantul va ține seama de prevederile legislației în vigoare cu privire la accesul/evacuarea în RE-IR atât în condiții normale de exploatare, precum și în situațiile de urgență (accidente, avarii etc).

Sunt judicioase cele invocate de autoritatea contractantă, în sensul că ofertanții sunt cei care trebuie să propună soluția tehnică, cu respectarea standardelor de interoperabilitate.

Pe de altă parte, trebuie ținut seama de aspectul esențial că evaluarea autorității se va putea realiza doar prin raportare strictă la cerințele expres impuse în caietul de sarcini.

În acest sens, sunt demne de amintit considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo „*principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informații în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)*”.

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „*interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte*” (punctul 54).

Deosebit de relevantă va fi reținută concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului**

de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

Așadar, dincolo de obligația operatorilor economici de *a propune soluția tehnică care respectă cerințele tehnice în ceea ce privește standardele de interoperabilitate (STI) privind accesul și evacuarea în condiții de siguranță a călătorilor, a personalului de exploatare și deservire a RE-IR*, autoritatea contractantă este cea care trebuie să stabilească, în condițiile impunerii cerinței *ca vagonul să aibă minim o ușă de acces, în zona de mijloc a vagonului, astfel încât să se asigure un acces facil la coborâre pe întreaga lungime a vagonului*, numărul de pasageri/scaune deservit de ușa de acces și distanța parcursă până la ușa de acces sau, în condițiile respectării standardelor de interoperabilitate, să ofere detalii suficiente, astfel încât operatorii economici să propună soluții tehnice viabile și care să le asigure conformitatea ofertei.

În plus, autoritatea contractantă este cea care trebuie să le asigure operatorilor economici o informare cât mai clară și completă în privința specificațiilor tehnice, impunerea unui număr minim de uși pentru un vagon, fără a se realiza corelarea cu numărul de pasageri/scaune deservit de ușa de acces și distanța parcursă până la ușa de acces, neputându-se considera că îndeplinește exigențele privind o informare completă și clară pentru elaborarea în mod corespunzător a ofertelor.

Expunerea argumentativă a contestatoarei nu a fost combătută de achizitoare, dimpotrivă, și aceasta a recunoscut necesitatea respectării anumitor standarde, însă, nu a luat măsuri de remediere în sensul punerii la dispoziția ofertanților a unor informații complete.

Astfel fiind, se impune o analiză din partea achizitoarei a standardelor pe care dorește să le respecte operatorii economici și să coreleze cerința privind numărul minim de uși cu numărul de pasageri/scaune deservit de ușa de acces și distanța parcursă până la ușa de acces, urmând a fi publicate informații clare și complete în acest sens.

Analizând ultima critică formulată în cadrul contestației, în referire la cerința „RE-IR va fi capabilă să circule cu viteza maximă care este cuprinsă între 160 km/h și 200 km/h, în condiții maxime de încărcare și de funcționare”, Consiliul constată că societatea contestatoare solicită impunerea doar a vitezei maxime de 200 km/h.

În punctul său de vedere, (...) a justificat astfel cerința impusă:

- această opțiune este de natură să asigure o concurență extinsă în ceea ce privește primirea și evaluarea de oferte din partea operatorilor economici interesați;

- în mod evident stabilirea unui interval de viteze (160-200 km/h) pentru viteza maximă, elimină constrângerile asupra operatorilor economici de a oferta produse pentru care a fost impusă, în mod exclusiv, o viteză maximă de 200 km/h;

- în ceea ce privește bugetarea achiziției, estimată pe baza consultării de piață, chiar și în condițiile în care consultarea a fost realizată pe scenariul unei rame capabile să atingă și să opereze la o viteză maximă de 200 km/h, decizia de stabilire a unui interval de viteze pentru viteza maximă, în nici un caz nu distorsionează concurența deoarece: nu elimină pragul de 200 km/h, ofertanții având posibilitatea să depună oferte pentru rame cu această caracteristică tehnică; prin stabilirea intervalului pragului de 160 km/h – 200 km/h, ofertanții care au posibilitatea să oferteze cu produse pentru viteze maxime de 200 km/h, își pot adapta oferta, și astfel reduce presiunea bugetară în ceea ce privește producția prin ofertarea unei/unor game de produse care să încadreze în intervalul stabilit de (...) în cadrul documentației de atribuire.

Preliminar, este de reținut că autoritatea contractantă a recunoscut că a realizat consultarea de piață pentru trenuri cu viteza maximă de 200 km/h.

De asemenea, se constată a fi judicioase cele susținute prin concluziile scrise de către petentă, în sensul că costurile pentru un tren cu o viteză maximă de 200 km/h sunt total diferite de cele pentru un tren de viteză maximă de 160 km/h; energia consumată este diferită.

În plus, costul consumului cu energia pe o perioadă de 30 ani este factor de evaluare, astfel că este evident că se va realiza un clasament pe baza unor costuri total diferite, neputându-se considera relevantă în stabilirea operatorului economic câșigător punctajul obținut în acest mod.

Impunerea unui astfel de interval pentru viteza maximă poate determina situația ofertării numai a unor trenuri cu viteza maximă de 160 km/h, câtă vreme vor fi dezavantajați și nu vor avea șanse de a câștiga procedura operatorii economici care ofertează trenurile cu viteza maximă de 200 km/h.

Se constată a fi întemeiate criticile contestatoarei că, procedând în acest fel, achizițarea distorsionează concurența și avantajează participarea la procedură doar a operatorilor economici care ofertează trenuri cu viteza maximă de 160 km/h. Totodată, se poate ajunge în evaluare la situația în care clasamentul final să fie determinat de punctajul acordat unui tren cu viteză maximă de 160 km/h și unuia cu viteză maximă de 200 km/h. Or, în condițiile unor costuri ridicate pentru cel de-al doilea tip de tren, rezultă cu claritate dezavantajarea operatorilor care ofertează acest produs.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de (...) și va obliga autoritatea contractantă la modificarea/completarea cerințelor modalitatea de plată a produselor, ușile de acces și viteza maximă, conform celor din motivare. Va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, solicitarea privind modificarea/completarea documentației prin acordarea posibilității transmiterii ofertei și în euro.

Fiind dispuse măsuri de remediere în sensul celor de mai sus, se va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de anulare în întregime a procedurii.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de (...), în contradictoriu cu (...), și obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea cerințelor privind modalitatea de plată a produselor, ușile de acces și viteza maximă, conform celor din motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP, în cadrul aceluiași termen.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca rămasă fără obiect, solicitarea privind modificarea/completarea documentației prin acordarea posibilității transmiterii ofertei și în euro și, ca nefondată, solicitarea de anulare în întregime a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.