

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: 21.06.2023

Prin contestația nr. 1146/31.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29683/06.06.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., având sediul de corespondență ales în ..., înregistrată la ONRC sub nr. ..., având CUI ... reprezentată legal de manager general ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect *„Servicii de modernizare locomotivă electrică 5100 kW în locomotivă electrică cu motoare electrice de tracțiune asincrone și sistem ETCS nivel 2 și achiziția de servicii de mentenanță pentru locomotivele modernizate”*, cod CPV 50223000-4 – Servicii de recondiționare a locomotivelor (Rev.2), anunț de participare nr. .../21.05.2023, s-au solicitat următoarele: *„suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații, fiind îndeplinite condițiile reglementate de art. 22 din Legea nr. 101/2016; modificarea (i) cerinței 3.2 din caietul de sarcini și a (ii) cerinței II.2.5 (Criterii de atribuire) în partea care vizează termenul de imobilizare în modernizare - TI din fișa de date a achiziției; precum și a (iii) cerinței nr. II.3. (Ajustarea prețului contractului) din fișa de date a achiziției; obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice prin modificarea cerințelor documentației de atribuire neclare și restrictive”*.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 1146/31.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29683/06.06.2023, ... menționează că, în data de 21.05.2023, entitatea contractantă a publicat documentația de atribuire. În urma studierii acesteia, contestatoarea susține că a observat că cerințele privind imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării

acestora sunt restrictive și neclare, nefiind, așadar, respectat principiul proporționalității, transparenței și legalității. În acest context, afirmă că se impune modificarea acestor cerințe, pentru a se respecta buna desfășurare și legalitatea procedurii de atribuire, precum și o executare corespunzătoare a contractului ce urmează a fi atribuit și o eficientă utilizare a fondurilor publice.

În susținerea celor de mai sus, contestatoarea precizează că prin răspunsul său la întrebări privind consultarea de piață, organizată de către „ARF”, a arătat/demonstrat faptul că (i) durata de imobilizare a primelor două locomotive trebuie să fie de cel puțin 12 luni pentru fiecare dintre ele, precum și (ii) necesitatea de a fi inclusă o formulă de ajustare a prețului aferent pentru modernizarea locomotivelor.

Față de cele de mai sus, contestatoarea afirmă că cerințele privind imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării acestora sunt neclare și imposibil de respectat, termenele fiind mult prea reduse raportat la activitățile necesar a fi întreprinse, în acest sens.

În acest sens, contestatoarea menționează că la cerința nr. 3.2 [Imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării acestora] din caietul de sarcini se precizează următoarele: „(i) un termen maxim de 10 luni pentru imobilizarea aferentă primelor două locomotive”, nefiind, însă, clar dacă acest termen se aplică succesiv sau cumulativ și „(ii) un termen maxim de 180 de zile calendaristice pentru imobilizarea următoarelor locomotive (începând cu a 3-a locomotivă)”, acesta din urmă reprezentând și factor de evaluare.

Cu privire la durata maximă de imobilizare a primelor două locomotive, contestatoarea afirmă că ar putea fi depășită numai ca urmare a îndeplinirii formalităților pentru autorizarea de tip a locomotivelor modernizate, însă sub condiția ca prestatorul să demonstreze că a depus toate diligențele necesare, fiind exclusă orice culpă a sa în prelungirea perioadei de imobilizare.

Referitor la cerința nr. II.2.5. [Criterii de atribuire] din fișa de date a achiziției, contestatoarea precizează că se impune drept criteriu de atribuire - Termenul de imobilizare în modernizare - TI, 10 puncte urmând a fi acordate propunerilor tehnice care prevăd un termen de imobilizare începând cu a treia locomotivă mai mic de 180 de zile până la limita de 120 de zile calendaristice, punctajul urmând a fi calculat prin raportare la cea mai mică durată ofertată. Similar, și prevederile contractului sectorial de servicii reiau aceleași condiții, precum cele indicate în caietul de sarcini privind termenele de imobilizare a primelor două locomotive, respectiv, a celor următoare, pentru cea de-a doua categorie neexistând, însă, posibilitatea de depășire urmare a intervenirii unor motive neimputabile prestatorului.

Față de cele de mai sus, contestatoarea afirmă că, din simpla analiză a cerințelor documentației de atribuire, se poate desprinde concluzia că la stabilirea cerinței privind imobilizarea locomotivelor în

scopul efectuării modernizării acestora, entitatea contractantă nu a avut în vedere toate activitățile necesare a fi realizate în perioada impusă în acest sens și nici termenele necesare pentru omologarea și certificarea locomotivelor. Concret, entitatea contractantă a impus durate mult prea reduse, nerealiste și neclare cu privire la modalitatea de calcul și verificare, inducând criterii de evaluare și punctare incerte și dezavantajoase inclusiv pentru ea însăși.

În susținerea criticilor de mai sus, contestatoarea arată că activitățile necesare a fi întreprinse au, în mod obiectiv, durate care, cumulat, depășesc intervalele minimale și/sau maxime impuse de către entitatea contractantă, acestea fiind: demontarea completă a locomotivei electrice existente; sablarea; grunduirea; verificarea structurii sudate, a cordoanelor de sudură, a zonelor de coroziune, a eventualelor deformări ale carcasei; verificarea structurii sudate a boghiurilor și efectuarea măsurărilor; reparația defecțiunilor constatate, efectuarea măsurărilor necesare, vopsirea și montajul echipamentelor principale (transformator, compresor, convertizor, pantograf), cablarea, montarea echipamentelor de control și comandă, echiparea cabinelor, montarea boghiurilor, testele statice, testele dinamice; certificarea locomotivei inclusiv partea ERTMS (procedură de certificare care nu a fost niciodată realizată pe acest tip de locomotivă și, de altfel, niciodată realizată în România).

De asemenea, susține că toate activitățile de mai sus pot fi desfășurate efectiv doar după parcurgerea unei etape anterioare de proiectare care pornește de la structura actuală a unei locomotive tip carcasă, asupra căreia urmează a se interveni masiv, modifica și adapta astfel încât, cu respectarea datelor inițiale, să se realizeze modernizarea acesteia la parametrii impuși prin documentația actuală. Practic, Prestatorul nu poate proiecta de la zero, ci este constrâns de caracteristicile locomotivei actuale, nefiind posibilă aplicarea unui proiect preexistent ci, dimpotrivă, fiind obligatorie adaptarea măsurilor și activităților în raport de ceea ce se va regăsi, de la caz la caz, în fiecare locomotivă. Nefiind cunoscute nici stadiul actual, nici defecțiunile și/sau alte caracteristici care pot fi relevate doar pe perioada imobilizării efective, estimarea de timp alocat de către entitatea contractantă (durata fiind insuficientă chiar și pentru o proiectare de la zero) devine cu atât mai dificil de realizat în condițiile în care, concret, deoarece Prestatorul este ținut să remedieze și imprevizibile defecțiuni preexistente, necunoscute la momentul ofertării.

Având în vedere că locomotivele asupra cărora urmează a se interveni, au o vechime cuprinsă între 32 - 40 de ani, contestatoarea susține că procesele de modernizare implică o etapă prealabilă de constatare a măsurilor necesare a fi aplicate, reproiectarea fiind astfel posibilă numai după analiza concretă a stadiului fiecărei locomotive în parte. Nici proiectul realizat pentru fiecare dintre locomotive nu poate fi

replicat în cazul alteia, devenind așadar necesară proiectarea distinctă, pentru fiecare locomotivă în parte date fiind elementele complet necunoscute la acest moment, cum ar fi: defecțiunile pre-existente, deformările vizibile doar după demontare, zone de coroziune și/sau fisuri ale sudurilor existente (necesar a fi remediate, fără a exista o claritate, la acest moment, cu privire la aceste activități). În opinia sa, ori de câte ori o astfel de carcasă ar fi introdusă în procesul de modernizare, se poate descoperi inclusiv necesitatea de a o reproiecta și fabrica de la zero, în măsura în care materialele sunt extrem de uzate și/sau nu poate fi considerată recuperabilă pentru a fi respectate standardele tehnice impuse în materie.

De asemenea, afirmă contestatoarea, activitățile necesar a fi întreprinse nu pot fi superficial abordate din foarte multe motive, unele dintre cele mai ușor de înțeles vizând garanția pe care Prestatorul urmează a o oferi pentru locomotivele modernizate, respectiv o garanție pe durată de 18 luni. În acest sens, menționează că doar activitatea de proiectare, în sine, durează între 10 și 12 luni, fiind necesar a fi demarată doar după observarea stării efective a fiecărei locomotive în parte.

În aceeași ordine de idei, ... reiterează că proiectarea nu se poate replica, în mod identic, asupra fiecărei locomotive, ci depinde de stadiul fiecăreia, de aspectele descoperite cu prilejul analizării situației concrete a fiecărei locomotive, numai astfel putându-se identifica serviciile necesar a fi prestate. Subsecvent identificării acestora (adică a identificării stării efective a fiecărei locomotive), Prestatorul urmează a întocmi proiectul pe baza căruia se vor realiza, ulterior, activitățile. În opinia contestatoarei, numai pe baza acestei verificări și proiectări, se pot identifica și comanda echipamentele necesar a fi montate, în prezent niciun furnizor de echipamente critice nefiind capabil să oferteze termene de livrare mai scurte de un an.

Totodată, contestatoarea precizează că în categoria echipamentelor necesar a fi comandate (dar a căror utilitate nu poate fi relevată mai devreme de verificarea stării fiecărei locomotive și, respectiv, proiectarea necesar a fi realizată) se includ (fără însă ca enumerarea să fie exhaustivă) următoarele componente: roți, osii, transformatoare, echipamente de comandă și control, convertoare și echipamente de frânare.

Prin raportare la cele de mai sus, susține că termenul de 10 luni, impus pentru imobilizarea maximală a primelor două locomotive este, în mod cert, unul nerealist, invitând la depunerea unor oferte pur oportuniste și imposibil de probat/susținut din punct de vedere tehnic.

Totodată, ... mai arată că omologarea unor locomotive echipate ERTMS reprezintă un proces cu durată distinctă de minim 8-10 luni, niciodată parcurs în România și Ungaria.

Cu privire la acest aspect, precizează că în caietul de sarcini, cap. 3. Cerințe minimale pentru modernizarea locomotivei, pag. 8, entitatea contractantă a prevăzut următoarele: *„Condițiile tehnice minimale privind modernizarea locomotivei electrice 5100 kW sunt prezentate în Anexa nr. 2 și trebuie să respecte prevederile STI-urilor aplicabile prezentate la pct. 17. Documentația tehnică de execuție pentru modernizarea locomotivei electrice de 5100 kW întocmită de prestator, va fi predată în forma definitivă și completă către la livrarea primei locomotive modernizate, în vederea utilizării ulterioare conform pct. 15.2”.*

De asemenea, în caietul de sarcini, cap. 7.4. Documentația tehnică, pag. 11-12, se precizează că *„Fiecare locomotivă modernizată va fi însoțită la livrarea din modernizare, pe lângă documentele de la cap. 7, și de următoarele: un set de scheme electrice și pneumatice, pe suport de hârtie și electronic; schemele de conexiuni pentru fiecare placă de borne (pe suport de hârtie și electronic); soft pentru analiza datelor din memoria nevolatilă a instalațiilor pentru comanda locomotivei (automatul programabil), de analiza a datelor din instalația de vitezometre și INDUSI/PZB și de analiza și contorizare a energiei electrice consumate/ recuperate; softul echipamentelor electronice noi montate pe locomotivele electrice 5100 kW modernizate (automatul programabil al instalației pentru comanda locomotivei, convertizoarele electronice de tracțiune, convertizoarele pentru servicii auxiliare) necesar în procesul de mentenanță al locomotivelor precum și în procesele de reparații planificate (RR, RG) ulterioare. Softurile furnizate vor putea fi utilizate nelimitat de către personalul ... ori o terță parte contractuală cu, ori de câte ori necesitățile de intervenție la echipamentele electronice de modernizare cu ocazia proceselor de mentenanță sau reparații planificate o vor cere, după încheierea contractului de mentenanță; manual care să cuprindă modul utilizare de către personalul de locomotivă (descriere informații aparatură de bord, intervenții în parcurs, etc.); set complet de fișe de măsurători completate; protocoale de încercări, verificări, măsurători și CUS la osii; lista cu echipamentele la care se aplică sigiliul unității Prestatorului; lista cu sub furnizorii de materiale și echipamente; buletin de verificare metrologic a instalației de vitezometre și a instalației de contorizare a energiei electrice consumate/recuperate; protocoalele de încercări, verificări, măsurători/fișă măsurători; (...)”.*

În același sens, contestatoarea redă și cerințele din caietul de sarcini, cap. 10. Instalare, punere în funcțiune, testare, pag. 13 -14, conform cărora *„Prestatorul va obține și prezenta la livrarea locomotivelor din modernizare, pe cheltuiala sa, de la autoritățile competente, atât autorizarea de punere pe piață a vehiculelor cât și avizele tehnice pentru acordarea unei noi durate normale de funcționare*

și/sau alte avize (agremente/omologări) necesare circulației pe rețeaua feroviară din România și Ungaria".

În continuare, contestatoarea citează și din anexa 2 la caietul de sarcini, sub-cap. 4.2.9. Echipamente control comandă și semnalizare la bord CCS, pag. 51, potrivit căreia „Locomotiva modernizată va fi prevăzută cu: Subsistem (echipamente) CCS la bord. a) Subsistem CCS la bord va fi constituit din ETCS nivel 2 cu interfață PZB90 și va avea incorporat modulul STM compatibil INDUSI/PZB90 și va gestiona selectiv și automat funcționarea celor două sisteme în funcție de sistemul de siguranță montat pe infrastructura feroviară; b) Inductorul aferent sistemului de siguranță de tip PZB 90/INDUSI va fi montat pe ambele boghiuri cu respectarea dimensiunilor de poziționare impuse de reglementările specifice rețelei feroviare CFR; c) Instalația ETCS nivel 2 de la bord va fi în conformitate cu setul de specificații nr. 2 sau 3, incluse în tabelele 2.1 respectiv 2.2 din anexa A la STI CCS (în conformitate cu pct. 7.4.2.1 din Regulamentul (UE) 2016/919); d) Instalația ETCS nivel 2 de la bord va acționa automat atât frână de serviciu cât și frână de urgență; e) Instalația ETCS nivel 2 de la bord va fi dotată CCI două module radio pentru transmisiile de date către Radio Block Center — RBC (interfață care transformă comenzile de la instalația de centralizare în telegrame care sunt compatibile cu echipamentul de bord), fiecare cu antena distinctă, montată pe acoperișul LE. Fiecare modul radio va funcționa cu un SIM compatibil cu rețeaua GSM-R; f) Echipament GPS care asigură marcarea corectă a mesajelor de către unitatea de înregistrare juridică; g) Hardware-ul, software-ul și procedurile pentru a asigura managementul cheilor de conexiune între instalația ETCS nivel 2 de la bord și RBC vor fi furnizate de către Prestator; h) LE vor fi utilizate pe secții de remorcare dotate cu subsistem CCS în cale de tip ETCS nivel 1,2 și de tip INDUSI/PZB; i) LE va fi dotată în ambele cabine de conducere cu dispozitiv de siguranță și vigilență (DSV) «om mort», care comandă frânarea de urgență al LE/trenului în condițiile în care mecanicul nu a executat impulsurile de rearmare, în interiorul unui interval prestabilit; j) Instalația montată pe locomotivă va fi aptă pentru măsurare și înregistrare viteză, descărcare date și afișare viteză de circulație în postul de conducere, atât în mod ETCS cât și în mod INDUSI/PZB, compatibilă pe întreaga infrastructură din Romania. Echipamente vor respecta prevederile SR EN 62625-1 112017. Interfața dintre subsistemul de control - comandă și semnalizare de cale și alte subsisteme MI ERA/ERTMS/033281 rev 3.0.".

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea că prin documentația de atribuire este impus un nivel avansat tehnic de modernizare (echipare și funcționare a locomotivelor), precum și omologarea și avizarea locomotivelor anterior predării lor (adică tot în intervalul de imobilizare).

Prin urmare, susține contestatoarea, termenul de imobilizare (indiferent că este vorba despre primele două locomotive sau despre următoarele) este nerealist din perspectiva faptului că numai procesul de omologare a unui astfel de produs are o durată estimată de minim 8 luni (care, alături de duratele necesare pentru constatarea stării, proiectarea, executarea efectivă a activităților) depășește cu mult intervalele impuse (și, implicit, necesar a fi oferite).

Totodată, contestatoarea subliniază că locomotivele urmează a fi modernizate în conformitate cu reglementările europene aplicabile, fiind obligatoriu să îndeplinească specificațiile tehnice de interoperabilitate STI LOC & PAS, STI NOI, STI CCS. Standardele Tehnice de Interoperabilitate (STI) au fost introduse prin Directiva nr. 2008/57/CE care vizează sistemul feroviar din Uniunea Europeană. Acestea au fost succesiv amendate, astfel că „pentru claritate” a fost necesară redactarea unui nou document, Directiva UE 2016/797, în vigoare în prezent.

Cu referire la cele de mai sus, contestatoarea menționează că prin caietul de sarcini s-a impus ca sistemele de siguranță ale produselor să fie ETCS nivel 2 împreună cu un modul suplimentar denumit STM pentru compatibilitatea cu sistemul național de protecție INDUSI. Sistemul impus de către entitatea contractantă este sistemul tehnic european de management al traficului și control al vitezei trenului, fiind soluția pentru realizarea interoperabilității în sistemul de transport feroviar european în condiții de siguranță. Fiind un sistem utilizat în Europa și care presupune respectarea unui set strict de standarde și specificații adoptate la nivelul Uniunii Europene, în opinia sa, este aproape imposibil de imaginat cum un operator economic ar putea oferi, în mod credibil, un produs conform prevederilor caietului de sarcini, având termen de livrare, inclusiv punerea în exploatare, pentru primul tren de doar 10 luni.

De asemenea, contestatoarea menționează că perioadele alocate sunt definite pentru cazul ideal în care totul este perfect și nu trebuie refăcut nimic, atât la nivel de dezvoltare, cât și la nivel de aprobare. Acest caz ideal are în vedere situația unui operator experimentat care, cunoscând uzanțele și rigorile impuse de standardele europene, depune de la început spre aprobare autorităților competente o documentație completă, încadrându-se așadar în termenele legale de emitere a aprobărilor; orice eventuală neconcordanță a documentației datorată lipsei de experiență în zona relevantă va conduce automat la prelungirea perioadelor de emitere a aprobărilor și decalarea termenelor ilustrate pentru acest caz ideal.

Așadar, susține contestatoarea, termenul de 10 luni este complet nerealist prin raportare la demersurile pe care chiar un operator deja familiarizat cu rigorile impuse de standarde le-ar avea de respectat, situație față de care ofertarea unui termen mai redus ar fi mai degrabă de natură să creeze suspiciuni, în condițiile în care doar proiectarea (cu durată de 8-10 luni) și omologarea (cu durată de aproximativ 8 luni),

fără a mai lua în considerare operațiunile în sine de modernizare și, respectiv, testele depășesc cu mult durata impusă.

Contestatoarea mai precizează că, în opinia sa, termenul impus pentru imobilizarea primelor două locomotive este neclar deoarece nu specifică dacă cele 10 luni se referă la ambele locomotive (a căror modernizare ar urma să se realizeze concomitent) sau dacă reprezintă perioade succesive, referitoare la fiecare dintre primele două.

În susținerea acestei argumentații, invocă principiile transparenței și tratamentului egal care impun ca toți ofertanții să cunoască cerințele documentației de atribuire, anterior depunerii ofertei, ceea ce implică formularea acestora în mod clar, neechivoc și lipsit de orice dubiu. Nu există nicio excepție de la această regulă, tocmai pentru că depunerea unei oferte conforme și admisibile implică, dincolo de orice dubiu, posibilitatea de cunoaștere de către ofertant a tuturor informațiilor, regulilor, cerințelor în raport de care CFR va evalua ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire.

În același sens, contestatoarea afirmă că din textul existent - *„Imobilizarea maximă în societatea prestatoare a primelor două locomotive va fi de 10 luni pentru fiecare dintre ele”*, nu rezultă dacă fiecare dintre cele două locomotive va beneficia de câte un termen distinct de 10 luni de imobilizare, perioadele succedându-se sau dacă, de fapt, cerința se referă la ambele, a căror imobilizare s-ar realiza într-un interval total de 10 luni.

Un alt argument al contestatoarei se referă la modul de calcul a termenului de imobilizare care, în opinia sa, este vag prin raportare la graficul estimativ - anexa nr. 6 la contract. Față de acest aspect, contestatoarea susține că pentru următoarele locomotive, începând cu cea de-a treia, deși entitatea contractantă folosește o exprimare la fel de neclară precum în cazul primelor două, arătându-se că termenul de imobilizare a restului rămas (adică 17 locomotive), este incident un termen de imobilizare de 180 de zile, însă graficul reflectă o predare etapizată. Prin urmare, contestatoarea se întreabă cum se calculează termenul de imobilizare în cazul acestora? De asemenea, fiind factor de evaluare, termenul de imobilizare al locomotivelor 3-19, trebuie clarificat.

Cu referire la factorii de evaluare de mai sus, contestatoarea afirmă că entitatea contractantă trebuia să respecte următoarele condiții cumulative: (i) prezentarea acestora în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire, inclusiv prin reflectarea metodologiei de punctare a avantajelor care vor rezulta; (ii) să aducă un avantaj real, să nu fie formali și (iii) să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor; (iv) să aibă legătură directă cu natura și obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Totodată, referitor la locomotivele 3 – 19, contestatoarea mai arată că graficul estimativ de livrare prevede un interval total de 3 ani,

stabilind și un număr de locomotive necesar a fi livrate în fiecare dintre ani, fără ca această cerință să aibă vreun corespondent în restul cerințelor privind calendarul de livrare a acestora. Or, în condițiile în care este analizată o cerință care reprezintă și factor de evaluare, în opinia contestatoarei, se impune modificarea și clarificarea acesteia, astfel încât să devină adecvată și transparentă.

Raportat la cele de mai sus, solicită CNSC să admită criticile referitoare la termenul de imobilizare și să oblige entitatea contractantă să dispună următoarele măsuri de remediere: Termenul de imobilizare a primei locomotive să nu fie mai mic de 30 de luni, de la data ordinului de începere și, totodată, clarificarea modului în care acest termen se calculează (cumulat sau succesiv) în cazul primelor două locomotive; Termenul de imobilizare a restului de locomotive să fie calculat de la data la care situația acestora este cunoscută.

În continuare, contestatoarea afirmă că în documentația de atribuire și posibilitatea de ajustare a prețului este incorect reglementată, deoarece cerința II.3 din fișa de date a achiziției permite exclusiv ajustarea prețurilor aferente mentenanței, situație care, în opinia sa, nu corespunde unei nevoi reale de instituire a mecanismelor necesare reechilibrării raporturilor contractuale.

Față de acest aspect, contestatoarea afirmă că în contextul unei piețe fluctuante, în care prețurile materiilor prime și ale manoperei oscilează (cresc) în mod continuu, inexistența formulelor de ajustare pentru toate componentele prețului este de natură să prejudicieze într-o manieră ireversibilă ofertanții, respectiv să creeze dezavantaje inclusiv pentru Beneficiarii care, în procedurile de atribuire organizate, vor primi oferte în care operatorii economici vor fi, practic, obligați să includă și riscurile rezultate din creșterile estimate ale componentelor prețului ofertat, chiar dacă aceste valori nu ar fi apte, la momentul depunerii ofertelor, să reflecte cu exactitatea valoarea serviciilor oferite.

Prin urmare, în opinia contestatoarei, singura măsură care poate să permită evitarea determinării unor prețuri inechitabile (situație dezavantajoasă, de altfel, chiar și pentru entitatea contractantă) este includerea în contract a posibilității de ajustare a tuturor componentelor prețului ofertat, iar nu doar a componentei referitoare la mentenanță.

În opinia contestatoarei, măsura ajustării prețului este echitabilă, necesară și corectă, impunându-se a fi dispusă prin măsurile de remediere, întrucât durata de imobilizare și, în consecință, de livrare a locomotivelor modernizate se impune a fi, oricum, stabilită la un interval de minim 48 luni, devenind așadar incidente dispozițiile art. 243 alin. (9) din Legea nr. 99/2016, care impun, cu caracter obligatoriu, includerea formulelor de ajustare în contractele ale căror durate depășesc 24 de luni.

Totodată, și din punct de vedere economic se impune măsura ajustării prețurilor dat fiind că ajustarea prețului reprezintă o măsură

uzuală, necesară pentru restabilirea echilibrului contractual, care nu reflectă modificări de prestații. Măsura ajustării reprezintă un efect al unei cauze externe, neimputabile contractantului, care, odată intervenită, a perturbat echilibrul contractual previzionat de către părți în momentul semnării contractului. În concret, cauza externă care stă în mod uzual la baza solicitării de ajustare este reprezentată de majorarea indicilor de preț pentru unele dintre elementele constitutive ale ofertei (materiale și materii prime), al căror efect se reflectă în creșterea prețului contractului, intervenită în contextul situației economice actuale, generatoare de perturbări majore la nivelul lanțurilor globale de aprovizionare aferente unor multiple industrii și sectoare de activitate. Pandemia Covid-19 a accelerat și agravat situația preexistentă din domeniul construcțiilor prin reducerea în mod forțat a capacității de producție la nivel mondial, prin diminuarea stocurilor la materialele de construcții, prin afectarea fluxurilor transporturilor de mărfuri la nivel internațional.

Dincolo de interesul imediat, direct, al unei entități private, în a obține o sumă suplimentară reprezentând valoarea ajustată a contra-prestației sale contractuale, trebuie prioritar enunțate și înțelese acele elemente definitorii care determină, de fapt, contractantul privat să intre într-un raport contractual cu autoritățile publice; aceste elemente, fără de care lipsește însuși interesul de a contracta, sunt: echilibrul contractual și predictibilitatea evoluției raporturilor dintre părți. Ambele reprezintă repere esențiale, în lipsa cărora ar deveni dificil de înțeles de ce, în mod rezonabil și asumat, doi parteneri contractuali și-ar propune executarea unui proiect complex și costisitor.

Contestatoarea precizează că majorarea elementelor de cost cu materialele și materiile prime reprezintă consecința unei cauze externe, independente de puterea de control a contractantului, motiv pentru care, în opinia sa, clauzele de ajustare trebuie reglementate, transparent și echidistant, încă din etapa de atribuire a contractului, urmând ca aplicarea lor efectivă să se realizeze în funcție de formulele obiective pe care entitatea contractantă le-a prevăzut în cerințele documentației de atribuire. Or, dată fiind creșterea constantă a prețurilor cu materialele și materiile prime, este posibil ca ofertanții să se regăsească în imposibilitatea obiectivă de a menține prețul unitar inițial ofertat în cadrul procedurii de atribuire și avut în vedere la încheierea contractului.

În opinia sa, se justifică o asemenea abordare deoarece niciuna dintre părți nu putea să prevadă, în mod rezonabil și diligent, apariția pe piață a unor asemenea circumstanțe și, în consecință, dinamica prețurilor cu materiile prime și materialele, acestea fiind mai presus de controlul lor și neintrând sub responsabilitatea contractuală asumată. După cum este prevăzut și de normele civile, dar și de legislația în materia achizițiilor publice, pe care urmează a le detalia în continuare, acest

eveniment are ca efect crearea unei disproporții de prestații între părți, afectând interesele comerciale legitime ale contractantului.

Contestatoarea precizează că ajustarea prețului nu trebuie confundată cu modificarea prețului, aceasta din urmă reprezentând o consecință a modificării cantităților prevăzute în contract pentru care fie deja există prețuri unitare contractual agreeate - situație în care, ca regulă, modificarea prețului total reprezintă o modificare mecanică, realizată automat în baza procedurii contractuale ce presupune plata pe baza cantităților efectiv realizate, fie nu există prețuri unitare contractual agreeate - situație în care este vorba de o convenție asupra unor prețuri noi, deci, este necesar un nou acord de voință care, față de cerința obligatorie a formei scrise din materia achizițiilor, care impune încheierea unui act adițional inclusiv din considerente de angajament bugetar.

Cu toate acestea, subliniază că solicitarea de ajustare a prețului, formulată de către ofertant, nu este aptă să conducă la o modificare, aceasta fiind generată numai de cauze absolut imprevizibile care ar fi apte să conducă la modificarea întregului context economic în baza căruia prețul ofertei ... a fost fundamentat (la momentul elaborării acesteia).

Prin urmare, susține că, în virtutea principiului echilibrului financiar, atunci când împrejurări de ordin economic, imprevizibile la momentul încheierii contractului și independente de voința părților, afectează clauzele contractuale, contractantului privat trebuie să i se recunoască dreptul la compensație. În opinia sa, o interpretare contrară ar duce la concluzia că o eventuală instrucțiune sau ordin administrativ, neprevăzute în contractul inițial, ar trebui executate pe cheltuiela contractantului, cu efectul îmbogățirii fără justă cauză a entității contractante; tocmai pentru a contracara un astfel de efect, doctrina de specialitate reține că dreptul autorității publice de a modifica unilateral contractul nu poate fi exercitat în privința prevederilor financiare ale contractului, sens în care s-a reținut că: *„autoritatea nu poate modifica clauzele financiare ale contractului în virtutea cărora cocontractantul și-a asumat angajamentul; nu se poate realiza o modificare unilaterală a contractului decât dacă interesul general o impune; aceste modificări nu trebuie să ducă la o denaturare a contractului inițial; modificările trebuie să fie în mod riguros compensate printr-o indemnizație adecvată a co-contractantului”* .

În același sens, arată că ajustarea prețului pentru motivul creșterii unor elemente de cost care au fundamentat oferta nu reprezintă o modificare. În concret, contestatoarea menționează că nu pretinde inserarea unor clauze care să permită plata unei sume suplimentare ca urmare a modificării prestațiilor contractuale, ci dorește exclusiv includerea acelor clauze care să permită restabilirea echilibrului financiar perturbat prin modificarea condițiilor de cost, respectiv rebalansarea

puterii de cumpărare a unei anumite sume de bani la un anumit moment și raportat la anumite condiții de piață.

De asemenea, contestatoarea susține că este necesară modificarea prevederilor referitoare la ajustarea prețului, astfel încât această măsură a ajustării să fie aplicabilă nu numai componentei referitoare la mentenanță, ci și componentei referitoare la valoarea locomotivelor, în al căror preț ofertat sunt incluse elemente de cost a căror fluctuație nu poate fi previzionată.

Prin corespondența înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29792/06.06.2023, ... a transmis în original recipisa de consemnare nr. 209202701/1 din 02.06.2023, pentru suma de 220.000 lei, document emis de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Prin adresa nr. DA2/402/09.06.2023, înregistrată la C.N.S.C cu nr. 30859/09.06.2023, cu privire la contestația formulată de ..., entitatea contractantă ... a transmis punctul de vedere, în care prezintă contraargumente referitoare la criticile contestatoarei.

Astfel, privitor la solicitarea privind modificarea cerințelor în ceea ce privește Termenul de imobilizare în modernizare, entitatea contractantă redă cerința 3.2 din caietul de sarcini, care conține următoarele mențiuni: *„3.2 Imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării acestora - 3.2.1 Primele două locomotive introduse la modernizare vor avea vitezele constructive inițiale de 160 km/h respectiv 120 km/h - 3.2.2 mobilizarea maximă în societatea prestatoare a primelor două locomotive va fi de 10 luni pentru fiecare dintre ele, începând de la data semnării procesului verbal menționat la punctul 3.1.2. Această durată maximă de imobilizare a primelor două locomotive poate fi depășită datorită îndeplinirii formalităților pentru autorizarea de tip a locomotivelor modernizate. În această situație, prestatorul trebuie să facă dovada depunerii tuturor diligențelor către Autoritatea de Reglementare fiind exclusă orice culpă din partea sa în ceea ce privește prelungirea perioadei de imobilizare. 3.2.3 Imobilizarea maximă în societatea Prestatorului a următoarelor locomotive (începând cu a 3-a locomotivă) în vederea modernizării este de 180 zile calendaristice de la data semnării procesului verbal menționat la punctul 3. 1. 2. Imobilizarea se consideră începând cu data semnării procesului verbal de predare-primire a locomotivei către Prestator și până la data semnării procesului verbal de recepție finală. 3.2.4 Penalizările pentru depășirea termenelor de imobilizare la Prestator, se vor stabili prin contract. 3.2.5 locomotivele vor fi introduse în societatea prestatorului în vederea efectuării modernizării conform graficului de introducere anexat la contract”.*

Față de cele de mai sus, entitatea contractantă afirmă că, la o lecturare atentă, se constată, fără echivoc, că termenul de imobilizare de 10 luni stabilit la punctul 3.2 pentru primele două locomotive, se referă la fiecare din cele două locomotive și curge de la data semnării

procesului-verbal de predare/primire cu societatea Prestatoare, acest aspect fiind în opinia sa, exprimat foarte clar și fără nicio ambiguitate.

Prin urmare, entitatea contractantă susține că modul de formulare a cerinței de la pct. 3.2 din caietul de sarcini nu lasă loc de interpretări, iar invocarea de către ..., a unei potențiale lipse de claritate este un argument care nu se susține. În același sens, entitatea contractantă subliniază că în cuprinsul aceluiași articol, a prevăzut și luat în calcul chiar și eventualitatea unor potențiale depășiri justificate a termenelor de imobilizare pentru realizarea modernizărilor, sens în care citează din cuprinsul pct. 3.2.2 din caietul de sarcini: *„Această durată maximă de imobilizare a primelor două locomotive poate fi depășită datorită îndeplinirii formalităților pentru autorizarea de tip a locomotivelor modernizate. În această situație, prestatorul trebuie să facă dovada depunerii tuturor diligențelor către Autoritatea de Reglementare, fiind exclusă orice culpă din partea sa în ceea ce privește prelungirea perioadei de imobilizare”*.

Referitor la solicitarea cu privire la „temporizarea continuării procedurii” de către contestatoare, entitatea contractantă arată că o astfel de „temporizare” îi poate crea prejudicii prin periclitarea parcursului procesului de finanțare prin PNRR, Componenta 4 Transport sustenabil 12 - material rulant feroviar.

Totodată, entitatea contractantă arată că, în opinia sa, orice neclaritate, privind modul de calcul al imobilizărilor primelor două locomotive ale ..., este total lipsită de un fundament real, nu are niciun temei tehnic, caietul de sarcini având toate precizările necesare, demersul contestatoarei având, în fapt, efectul prelungirii, în mod nejustificat, a procedurii de atribuire, cu potențiale efecte nedorite în ceea ce privește ducerea la îndeplinire a acțiunilor și jaloanelor stabilite prin PNRR.

Referitor la motivația contestatoarei în susținerea majorării timpilor de imobilizare în modernizare, pentru activitățile de demontare, verificare structuri, sablare, grunduire, restabilire stare tehnică acolo unde este cazul și/sau montajul echipamentelor care fac obiectul modernizării, precum și certificarea vehiculului (inclusiv partea de ETCS), ... afirmă că aceasta nu este fondată, deoarece în opinia sa, termenul de 48 luni propus de contestatoare, nu este unul realist, acesta depășind cu mult chiar și intervalul de timp maximal alocat pentru finalizarea programului național, prin Planul Național de Redresare și Reziliență al României (PNRR) - Componenta 4 - Transport Sustenabil, Investiția 2 - Material Rulant feroviar, respectiv data 01.07.2026.

În susținerea afirmațiilor sale, ... iterează faptul că are o experiență de peste 20 ani în derularea procedurilor de achiziție având ca obiect reparații și modernizări de locomotive pentru flota proprie și în toate situațiile anterioare care au stat la baza execuției și certificării pentru ... a peste 500 vehicule motoare, modernizate în diferite stadii și soluții

tehnice, timpii efectivi de imobilizare au fost inferiori celor alocați în prezenta procedură.

Entitatea contractantă susține că în situația actuală s-a avut în vedere faptul că serviciul ce urmează a se achiziționa este de o complexitate sporită și, în plus, sunt necesare o serie de certificări eliberate de către autoritățile din domeniul feroviar, motiv pentru care timpii de imobilizare au fost extinși cu 2-4 luni, față de cei prevăzuți în cazul celorlalte proceduri de modernizare derulate de ... cu diverși operatori economici, la câte 10 luni pentru primele 2 locomotive și 6 luni pentru următoarele 17 unități.

Suplimentar, entitatea contractantă afirmă că termenul de 10 luni, nu este unul limitativ, admitând că imobilizarea de 10 luni, ar putea fi depășită ca urmare a necesității îndeplinirii formalităților *„pentru autorizarea/certificarea de tip a locomotivelor modernizate. În această situație, prestatorul trebuie să facă dovada depunerii tuturor diligențelor către Autoritatea de Reglementare, fiind exclusă orice culpă din partea sa în ceea ce privește prelungirea perioadei de imobilizare.”*

Referitor la *„Motivele pentru care se impune modificarea cerințelor documentației de atribuire”*, prezentate de către contestatoare, entitatea contractantă precizează că toate locomotivele care fac obiectul modernizării, conform caietului de sarcini, trebuie să fie executate și realizate în aceeași soluție tehnică, cu agregate/echipamente/piese având caracteristici tehnice identice, interschimbabile, cu aceeași amplasare în cutia locomotivei și interconectate conform unor scheme electrice, pneumatice și mecanice realizate în baza unei singure documentații tehnice de execuție. Din acest punct de vedere, susține entitatea contractantă, afirmațiile contestatoarei, potrivit cărora sunt necesare activități de proiectare personalizate pentru fiecare vehicul, necesitând 10-12 luni suplimentare, sunt total nefondate, având doar scopul de a tergiversa procedura de atribuire și de a prelungi termenul de adjudecare în mod nejustificat.

Despre contestatoarea ..., entitatea contractantă menționează că este un consacrat constructor de material rulant care derulează în mod curent activități de reparații și modernizări material rulant de tracțiune, care trebuie să cunoască foarte bine uzanțele impuse de standardele europene în domeniul feroviar, modul de lucru în cazul modernizărilor de vehicule, al proceselor tehnologice de restabilire a stării tehnice a componentelor care se reutilizează, respectiv de montaj și integrare a echipamentelor noi, astfel încât este evident, că nu se pune problema sub nicio formă a realizării unor activități de proiectare independente pentru fiecare vehicul. Altfel spus, unicul proiect privind echipamentele de modernizare pornește de la un model preexistent identic pentru toate locomotivele cum este de ex.: cutia locomotivei adusă la parametrii tehnici și constructivi inițiali.

Totodată, ... susține că, în opinia sa, enumerarea unor echipamente, chiar și a uneia „care se declară a nu fi exhaustivă”, nu poate susține afirmațiile contestatoarei privind necesitatea întocmirii unui proiect pentru fiecare locomotivă în parte, întrucât roțile, osiile, transformatoarele, echipamentele de comandă și control, convertoarele și echipamentele de frânare sunt identice pentru toate cele 19 locomotive. În același sens, precizează entitatea contractantă, locomotivele modernizate vor fi certificate de tip în aceeași variantă și soluție tehnică de modernizare, pe baza unei singure documentații tehnice de execuție.

Referitor la argumentațiile legate de durata imobilizării locomotivelor din cauza faptului că *„Omologarea unor locomotive echipate ERTMS reprezintă un proces cu durata distinctă de minim 8-10 luni, niciodată parcurs în România și Ungaria, anterior”* ... afirmă că au legătură cu calculul timpilor de imobilizare, dată fiind mențiunea caietului de sarcini - pct.3.2.2: *„Această durată maximă de imobilizare a primelor două locomotive poate fi depășită datorită îndeplinirii formalităților pentru autorizarea de tip a locomotivelor modernizate. În această situație, prestatorul trebuie să facă dovada depunerii tuturor diligențelor către Autoritatea de Reglementare fiind exclusă orice culpă din partea sa în ceea ce privește prelungirea perioadei de imobilizare”*.

Prin urmare, solicită respingerea, ca nefondată, a solicitării contestatoarei, de „modificarea cerinței 3.2 din caietul de sarcini și a cerinței II.2.5 Criterii de atribuire în partea ce vizează Termenul de imobilizare în modernizare – TI” din fișa de date a achiziției.

Referitor la solicitarea privind modificarea cerinței privind ajustarea prețului contractului din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă invocă prevederile art. 243¹ alin. (9) din Legea nr. 99/2016, *„Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni”*.

Având în vedere că durata contractului este de 9 ani, cu posibilitatea de prelungire cu încă 9 ani, entitatea contractantă precizează că a respectat obligația legală mai sus enunțată. de a include o clauză de ajustare a prețului. Clauza de ajustare privește serviciile de mentenanță întrucât, raportat la întreaga durată a contractului, acestea reprezintă ponderea cea mai mare, în timp ce durata serviciilor de modernizare este cea mai mică și supusă mai ușor previziunii.

De asemenea, ... subliniază că valoarea contractului sectorial se raportează la moneda EURO, aspect care este de natură să dea asigurări ofertanților în ceea ce privește acoperirea riscului reprezentat de evoluția inflației. În același sens, entitatea contractantă precizează că adjudecarea procedurii se va face în limita fondurilor alocate în PNRR, pe baza ofertelor concurențiale din piață, astfel, orice potențial ofertant este

liber să-și evalueze și dimensioneze propunerea financiară luându-și în calcul o derulare a contractului pentru partea de modernizare care se va întinde pe perioada de derulare a PNRR, care are ca termen limită anul 2026. Condiția este una transparentă și opozabilă tuturor participanților fiind transmisă la data publicării anunțului procedurii.

Totodată, entitatea contractantă precizează că la perfectarea contractului sectorial pentru partea de modernizare se efectuează o plată în avans în cuantum de 30% din valoarea integrală a contractului aferentă modernizării, care permite ofertantului declarant câștigător al procedurii să-și plătească furnizorii din lanțurile de aprovizionare cu echipamentele necesare modernizării, compensând astfel potențialele fluctuații de prețuri pe piața componentelor și menținerii puterii de cumpărare.

Având în vedere considerentele de mai sus, entitatea contractantă afirmă că solicitările contestatoarei în ceea ce privește modificarea cerinței nr. II.3 referitoare la Ajustarea prețului contractului din fișa de date sunt nefondate, impunându-se respingerea acestora de către CNSC.

Prin adresa nr. DA2/1/402/09.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 30907/09.06.2023, entitatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 1167/19.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 32976/19.06.2023, ... formulează note scrise prin care reiterează faptul că, în opinia sa, entitatea contractantă „nu prevede termene realiste de imobilizare a locomotivelor”.

În ceea ce privește clauza de ajustare a prețului, contestatoarea menționează că aceasta nu „vizează valoarea locomotivelor, ci exclusiv mentenanța acestora”, în opinia sa, impunându-se completarea acestei clauze „cu posibilitatea de ajustare a prețului ofertat pentru component de modernizare a locomotivelor”, sens în care invocă dispozițiile art. 243¹ alin. 9) din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, susține că în situația în care termenul de imobilizare este și factor de evaluare, formularea „ambiguă și diferită la nivelul documentației de atribuire, impune modificarea acestuia”.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „*Servicii de modernizare locomotivă electrică 5100 kW în locomotivă electrică cu motoare electrice de tracțiune asincrone și sistem ETCS nivel 2 și achiziția de servicii de mentenanță pentru locomotivele modernizate*”, cod CPV 50223000-4 – Servicii de recondiționare a locomotivelor (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. .../21.05.2023, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 05.07.2023, ora 15:00.

Conform precizării de la pct. II.1.5) din anunțul de participare menționat anterior, valoarea estimată fără T.V.A. este de 100.678.720 lei. La pct. II.2.5) din cadrul aceluiași anunț, fiind menționat criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, factorii de evaluare și ponderea acestora fiind: *„prețul ofertei – 70%; Termenul de garanție (TG) – 10%; Termenul de imobilizare în modernizare (TI) – 10%; Intervalul de timp la care se efectuează reviziile planificate (ITRP) – 10%”*.

În urma luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire ... a formulat contestația în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă, inclusiv *„suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații”*.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. 209202701/1 din 02.06.2023 din care rezultă consemnarea cauțiunii în quantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.S.C, corespunzător dosarului nr. 1495/2023.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de entitate contractantă.

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

Pentru început, Consiliul va lua în considerare dispozițiile art. 164 alin. 1) din Legea nr. 99/2016 conform căroră *„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*.

Având în vedere norma juridică de mai sus, Consiliul reține că ulterior analizării documentației de atribuire publicată, în S.E.A.P., de către entitatea contractantă, contestatoarea critică conținutul acesteia, solicitând modificarea *„cerinței 3.2 din caietul de sarcini și a cerinței II.2.5 Criterii de atribuire în partea care vizează Termenul de imobilizare în modernizare – TI din fișa de date, precum și a cerinței nr. II.3 Ajustarea prețului contractului din fișa de date”*. În susținerea criticilor în cauză, contestatoarea afirmă că *„durata de imobilizarea a primelor două locomotive trebuie să fie de cel puțin 12 luni pentru fiecare dintre acestea, respectiv că se impune a fi inclusă o formulă de ajustare a prețului aferent pentru modernizarea locomotivelor”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că la pct. 3.2 Imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării acestora din caietul de sarcini, pag. 9, se menționează următoarele: *„3.2.1.Primele două locomotive introduse la modernizare vor avea vitezele constructive inițiale de 160 km/h, respectiv 120 km/h; 3.2.2 Imobilizarea maximă în societatea prestatoare a primelor două locomotive va fi de 10 luni pentru fiecare dintre ele, începând de la data semnării procesului verbal*

menționat la punctul 3.1.2. Această durată maximă de imobilizare a primelor două locomotive poate fi depășită datorită îndeplinirii formalităților pentru autorizarea de tip a locomotivelor modernizate. În această situație, prestatorul trebuie să facă dovada depunerii tuturor diligențelor către Autoritatea de Reglementare, fiind exclusă orice culpă din partea sa în ceea ce privește prelungirea perioadei de imobilizare;

3.2.3. Imobilizarea maximă în societatea Prestatorului a următoarelor locomotive (începând cu a 3-a locomotivă) în vederea modernizării este de 180 zile calendaristice de la data semnării procesului verbal menționat la punctul 3.1.2. Imobilizarea se consideră începând cu data semnării procesului verbal de predare-primire a locomotive către Prestator și până la data semnării procesului verbal de recepție finală;

3.2.4. Penalizările pentru depășirea termenelor de imobilizare la Prestator, se vor stabili prin contract;

3.2.5. Locomotivele vor fi introduse în societatea prestatorului în vedere modernizării conform graficului de introducere anexat la contract”.

Prin raportare la conținutul cerinței de mai sus, Consiliul va respinge alegațiile contestatoarei potrivit căreia „nu este clar dacă termenul imobilizare de 10 luni, aferent primelor două locomotive, se aplică succesiv sau cumulativ”, deoarece în conținutul acesteia se specifică clar cum se va proceda, respectiv conform sintagmei „pentru fiecare dintre ele”.

Pe de altă parte, Consiliul va reține afirmațiile contestatoarei potrivit cărora „termenul de imobilizare este și factor de evaluare (...) trebuie să fie clarificat (...) privind lipsa de claritate a modului de calcul a termenului de imobilizare”.

În acest sens, va lua în considerare că la pct. II.2.5 Criterii de atribuire - Cel mai bun raport calitate – preț din fișa de date a achiziției, se menționează că „Termenul de imobilizare în modernizare (TI)” este și factor de evaluare, aplicarea sa urmând a se face după cum urmează: „Conform prevederilor caietului de sarcini punctul 3.2.3, termenul de imobilizare în modernizare este de 180 zile calendaristice, iar în acest context, termenul de imobilizare în modernizare reprezintă un factor de evaluare important ca și criteriu de eficiență fiind dat de necesitatea efectuării serviciului de modernizare la acest tip de locomotivă într-un termen cât mai scăzut și la un nivel calitativ care să corespundă cerințelor stipulate în caietul de sarcini în scopul asigurării stării tehnice corespunzătoare a locomotivelor în vederea remorcării trenurilor de călători. Astfel, un termen de imobilizare în moder mai mic decât cel prev în caietul de sarcini asigură o livrare a locomotivei mai rapidă, ținând cont de încadrarea în term prev de PNRR și utilizarea fondurilor europene alocate precum și introduc acesteia în exploatare, coroborat cu efectuarea serv de moderniz la un nivel calitativ ridicat, nivel care se reflectă în fiab și disponib materialului rulant în exploat resp în remorcarea tren de călători - 10%; Punctaj maxim factor: 10;

Algoritm de calcul: Punctajul pentru factorul de evaluare „Termenul de imobilizare în modernizare” cu o valoare de 10 puncte din totalul de 100 puncte și cu o pondere 10% din totalul criteriului de atribuire se va acorda după cum urmează : a) Pentru oferta admisibilă cu cea mai mică durată a termenul de imobilizare în modernizare 10 puncte; b) Pentru restul ofertelor admisibile, punctajul se va calcula utilizând următoarea formulă : $PTI(n) = [(180 - TI(n)) / (180 - TI(min))] \times 10$, unde: $TI(n)$: durata termenului de imobilizare în modernizare din oferta admisibilă aflată sub evaluare; $TI(min)$: cea mai mică dintre duratele termenului de imobilizare în modernizare ale ofertelor admisibile; Se vor puncta propunerile tehnice care prevăd termenul de imobilizare în modernizare mai mic de 180 de zile calendaristice conform caietului de sarcini sau până la limita de 120 de zile calendaristice. Propunerile tehnice cu termenul de imobilizare în modernizare egale cu 180 zile vor fi considerate conforme, dar nu se acordă punctaj. Propunerile tehnice cu termenul de imobilizare în modernizare mai mare decât termenul prevăzut în caietul de sarcini (180 zile calendaristice) vor fi considerate neconforme. Propunerile tehnice cu termenul de imobilizare în modernizare mai mic de 120 zile calendaristice vor fi considerate neconforme”.

La pct. 3.2 Imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării acestora din caietul de sarcini, pag. 9, se menționează următoarele: „3.2.1.Primele două locomotive introduse la modernizare vor avea vitezele constructive inițiale de 160 km/h, respectiv 120 km/h; 3.2.2 Imobilizarea maximă în societatea prestatoare a primelor două locomotive va fi de 10 luni (...)”.

Astfel, potrivit celor de mai sus, rezultă că deși entitatea contractantă a fixat un termen maxim de 180 zile (6 luni), care, în situația în care va fi depășit „Propunerile tehnice cu termenul de imobilizare în modernizare mai mare decât termenul prevăzut în caietul de sarcini (180 zile calendaristice) vor fi considerate neconforme”, la pct. 3.2 Imobilizarea locomotivelor în scopul efectuării modernizării din caietul de sarcini a precizat că „Imobilizarea maximă (...) va fi de 10 luni Această durată maximă de imobilizare (...) poate fi depășită”.

Prin urmare, în condițiile în care în documentația de atribuire sunt stabilite două durate care vin în contradicție una cu alta, respectiv una de 10 (zece) luni în caietul de sarcini și alta de „maxim 6 (șase) luni”, care este factor de evaluare și a cărei nerespectare conduce, în mod automat, la respingerea propunerii tehnice ca neconformă, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a respectat prevederile art. 38 alin. 2) din H.G. nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale „Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează **în mod clar și detaliat în**

cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți, și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și de aplicare a criteriului de atribuire”.

De asemenea, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 96 alin. 1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, *„În cuprinsul documentației de atribuire, entitatea contractantă definește obiectul achiziției sectoriale prin descrierea necesităților entității contractante și a specificațiilor tehnice solicitate pentru produsele, lucrările sau serviciile care urmează a fi achiziționate și stabilește criteriul de atribuire și factorii de evaluare”.*

Or, în condițiile în care există 2 (două) termene maximale, unul de 10 (zece) luni, care conform caietului de sarcini, poate fi chiar depășit în anumite situații, și altul de 6 (șase) luni, potrivit fișei de date a achiziției, a cărei depășire conduce la respingerea propunerii tehnice, ca neconformă, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a aplicat, în mod corespunzător, dispozițiile legale mai sus enunțate. Prin urmare, se impune obligarea entității contractante la corelarea informațiilor privind factorul de evaluare – Termenul de imobilizare (TI) cu cerința aferentă din caietul de sarcini, în ceea ce privește perioada maximă stabilită.

De altfel, lipsa de corelare dintre cele 2 (două) termene rezultă și din conținutul punctului de vedere nr. DA2/1/402/09.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 30861/09.06.2023, emis de către entitatea contractantă, potrivit căruia *„termenul de 10 luni nu este unul limitativ, ... admitând faptul că imobilizarea de 10 luni ar putea fi depășită”*, în condițiile în care, potrivit fișei de date a achiziției, ofertarea unei perioade mai mari de 6 (șase) luni, conduce la respingerea propunerii tehnice, indiferent dacă este vorba despre primele două locomotive sau următoarele. Similar, și în cuprinsul Strategiei de contractare nr. DA2/4/334/15.05.2023, pag. 39 – 72, se specifică că *„propunerile tehnice cu termenul de omobilizare mai mare decât termenul (...) 180 zile calendaristice vor fi considerate neconforme”.*

Nu în ultimul rând, în stabilirea măsurii de remediere aferente, Consiliul are în vedere inclusiv faptul că entitatea contractantă în cadrul punctului de vedere mai sus precizat, nu prezintă argumente concrete referitoare la factorul de evaluare – Termenul de imobilizare (TI), care să combată susținerile contestatoarei, limitându-se la a afirma că *„a luat toate măsurile necesare pentru asigurarea principiului proporționalității, transparenței și legalității formulând în mod clar și fără chivoc care sunt termenel de mobilizare și modul cum sunt calculate acestea pentru fiecare vehicul”.*

Prin urmare, având în vedere cele de mai sus, Consiliul va obliga entitatea contractantă modificarea/remedierea documentației de atribuire în sensul corelării informațiilor privind factorul de evaluare –

Termenul de imobilizare (TI) cu cerința aferentă din caietul de sarcini, în ceea ce privește perioada maximă stabilită, cu respectarea dispozițiilor art. 163 alin. 1) lit. b) și alin. 2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, conform căroră „1) *Entitatea contractantă prelungeste perioada stabilită în invitația de participare la o procedură concurențială de ofertare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri: b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției; 2) Durata prelungirii perioadei stabilite (...) este proporțională cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare sau a modificărilor aduse documentelor achiziției*”, conform motivării aferente.

Modificările de mai sus se vor face și cu respectarea prevederilor art. 62 alin. 1) din H.G. nr. 394/2016, conform căroră „*În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, entitatea 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 solicitărilor de participare*”.

Următoarea critică a contestatoarei privind durata aferentă termenului de imobilizare prevăzut în cadrul caietului de sarcini, de 10 (zece) luni, care în opinia sa, nu ar trebui „(...) să nu fie mai mic de 30 de luni”, va fi respinsă de către Consiliu.

În soluționarea acesteia, Consiliul va avea în vedere argumentele entității contractante din punctul de vedere nr. DA2/1/402/09.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 30907/09.06.2023, potrivit căroră la stabilirea duratei respective „*nu a identificat, sub aspectul imobilizării în modernizare nicio măsură restrictivă (...) locomotivele modernizate (...) vor fi certificate de tip în aceeași variant și soluție tehnică de modernizare, pe baza unei singure documentații tehnice de execuție*”, durata de 10 luni fiind suficientă, comparative cu „*situațiile anterioare care au stat la baza certificării a peste 500 vehicule motoare modernizate (...) timpii efectiv de mobilizare au fost inferiori celor alocate în prezenta procedură*”.

Așadar, în baza principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, entitatea contractantă a stabilit durata în cauză prin raportare la prevederile art. 22 alin. 10) din H.G. nr. 394/2016, potrivit căroră „*Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante*”.

Următoarea critică a contestatoarei vizează cerința de la pct. II.3 Ajustarea prețului din fișa de date a achiziției, în sensul

că „reglementarea posibilității de ajustare a prețului contractului este incorect reglementată”, în opinia contestatoarei impunându-se și „ajustarea prețului pentru componenta referitoare la valoarea locomotivelor, în al căror preț sunt incluse elemente de cost a căror fluctuație nu poate fi previzionată” .

Referitor la acest aspect, Consiliul va lua în considerare că potrivit dispozițiilor art. 243¹ alin. 9) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, „Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/ revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), 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”. La alin . 3) din cadrul normei juridice anterior invocate, se menționează că „Entitatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție sectorială/ acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că la pct. II.3 Ajustarea prețului din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a precizat următoarele: „Contractul va fi ajustat după următoarea metodă :a) Prețul unitar pentru serviciile de modernizare este ferm și nemodificabil (...) b) Având în vedere că durata contractului depășește 24 de luni, conform legislației în vigoare, art.158 alin. (9) din HG 394/2016, se introduce o clauză de ajustare/revizuire a prețului care se va aplica pentru prețul unitar al serviciilor de mentenanță”.

Or, prin raportare la mențiunile de la pct. II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achizitiei/achizițiilor din fișa de date a achiziției, potrivit căroră „SNTFC „CFR Calatori” S.A. intenționează să atribuie un contract sectorial pentru prestarea de „Servicii de modernizare locomotiva electrică 5100 kW în locomotivă electrică cu motoare electrice de tracțiune asincrone și sistem ETCS nivel 2 și achiziția de servicii de mentenanță pentru locomotivele modernizate”, coroborate cu cele de la pct. II.2.11 Informații privind opțiunile – Opțiuni din cadrul aceluiași document, unde se menționează următoarele: „Având în vedere prevederile art. 236, alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale (...), în contractul de achiziție sectorială va fi prevăzută o CLAUZĂ DE REVIZUIRE, privind posibilitatea suplimentării perioadei de mentenanță cu încă 9 ani (mentenanța inițială 9 ani plus încă 9 ani suplimentar), conform cerințelor din Caietul de Sarcini”, Consiliul constată că entitatea contractantă, în mod corect, a stabilit modalitatea ajustare a prețului serviciilor de mentenanță, ulterior încheierii contractului.

În justificarea celor de mai sus, Consiliul are în vedere și precizările entității contractante din punctul de vedere nr. DA2/1/402/09.06.2023,

înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 30861/09.06.2023, potrivit căroră „*clauza de ajustare privește serviciile de mentenanță întrucât raportat la întreaga durată a contractului acestea reprezintă ponderea cea mai mare în timp ce durata serviciilor de modernizare este cea mai mică (...)*”.

Față de această observație, Consiliul constată că prin modul în care a fost elaborată clauza respectivă, entitatea contractantă a aplicat în mod corespunzător și dispozițiile art. 243¹ alin. 5) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, conform căroră „*În orice situație, prețul acordului-cadru/contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza căroră s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului*”, având în vedere și argumentele prezentate în strategia ... de contractare a contractului sectorial de prestare nr. DA2/4/334/ 15.05.2023, pag. 39 – 72, care justifică alegerea costurilor aferente serviciilor de mentenanță, având în vedere „*perioada de mentenanță de 9 ani calendaristici, de la punerea în serviciu a locomotivei cu o utilizare anuală de 347 zile/an și un parcurs mediu zilnic de 800 km/zi*”.

De asemenea, are în vedere că în cadrul „*notelor scrise formulate în replică față de susținerile entității contractante*” contestatoarea nu prezintă contraargumente față de motivele entității contractante, limitându-se la a le relua pe cele inițial formulate.

Prin urmare, Consiliul va respinge, ca nefondate, alegațiile contestatoarei cu privire la faptul că „*ajustarea prețului pentru motivul creșterii unor elemente de cost (...) nu reprezintă o modificare*”, având în vedere explicațiile pertinente ale entității contractante din cadrul punctului de vedere anterior menționat, potrivit căroră „*a respectat obligația legală de a introduce o clauză de ajustare a prețului (...) pe baza ofertelor concurențiale din piață*”, care se circumscrie prevederilor art. 243¹ alin. 6) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stipulează că „*Modul de ajustare nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri (...)*”.

Având în vedere cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. 2), 5) și 6) din Legea nr. 101/2016, cu completările și modificările ulterioare, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către ... în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., și va obliga entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire numai referitor la corelarea informațiilor privind factorul de evaluare – Termenul de imobilizare (TI) cu cerința aferentă din caietul de sarcini, în ceea ce privește perioada maximă stabilită, cu respectarea prevederilor art. 62 alin. 1) din H.G. nr. 394/2016, anterior citat, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Va respinge, ca nefondate, celelalte critici.

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 formulată de către ..., cu sediul în ..., având sediul de corespondență ales în ..., în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., cu sediul în ..., și obligă entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire numai referitor la corelarea informațiilor privind factorul de evaluare – Termenul de imobilizare (TI) cu cerința aferentă din caietul de sarcini, în ceea ce privește perioada maximă stabilită, cu respectarea prevederilor art. 62 alin. 1) din H.G. nr. 394/2016, anterior citat, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondate, celelalte critici.

Obligatorie.

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

Președinte,

...

Membru,

Membru,

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 23 (douăzecișitrei) pagini