

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. 637/C6/459

Data: 22.03.2023

Prin contestația cu nr. 1022/24.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9616/24.02.2023, formulată de către ... SA, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la ONRC sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de împuternicit ... și convențional prin avocat ..., cu sediul procesual ales în ..., împotriva clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023 și a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023, referitoare la conținutul documentației de atribuire, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”*, cod CPV 34620000-9 – Material rulant (Rev.2), anunț de participare nr. CN1048061/09.10.2022, s-au solicitat Consiliului:

„(a) suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații, fiind îndeplinite condițiile reglementate de art. 22 din Legea nr. 101/2016; (b) anularea Clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023 (...); (c) anularea Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023 (...) în partea care vizează sarcina pe osie; (d) obligarea autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea considerentelor Deciziei nr. 164 din data 25.01.2023, (...) în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității”.

Asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii solicitată de către contestatoarea ... SA, Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 506/C6/459 din 01.03.2023, în sensul respingerii acesteia ca nefondată.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Prin contestația cu nr. 1022/24.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9616/24.02.2023, ... SA critică clarificarea din oficiu nr. 1152/13.02.2023 și răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023, referitoare la conținutul documentației de atribuire, elaborate de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”*, solicitând cele redată în partea introductivă.

Preliminar, contestatoarea menționează că, într-un prim ciclu procesual, a înaintat o contestație solicitând modificarea cerințelor documentației de atribuire privind modalitatea de plată a prețului prin eşalonarea plăților astfel încât să se asigure echilibrul contractual, fiind admisă, în parte, de către CNSC prin nr. 2302/C6/2541/03.11.2022, autoritatea contractantă fiind obligată să modifice cerințele privind modalitatea de plată a prețului prin corelarea acestora cu scopul urmărit și cu complexitatea realizării contractului ce urmează a fi atribuit, astfel încât să se asigure echilibrul contractual între părțile contractuale, cât și cu clauza de la pct. 6.9 din Contract (prin care s-a statuat că doar urmare a solicitării furnizorului, achizitoarea acordă plata unui avans de 15% din valoarea prețului de achiziție).

Menționează că plângerea formulată de către autoritatea contractantă a fost admisă, iar prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, în rejudecare, contestația ... SA a fost admisă în partea în ceea ce privește critica vizând modalitatea de plată, autoritatea contractantă fiind obligată să continue Procedura de atribuire *„prin refacerea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității, conform considerentelor prezentei decizii”*

În opinia sa, din considerentele deciziei CAB reiese faptul că măsurile necesar a fi fost adoptate de către autoritate vizau refacerea cerințelor documentației de atribuire în ceea ce privește modalitatea de plată a prețului prin raportarea, în concret, contestatoarea citând: *„la criterii obiective, verificabile, modalitatea de stabilire a plății prețului, inclusiv prin raportare la obiectul contractului, la valoarea acestuia, la*

exigențele financiare de asigurare a resurselor de finanțare, astfel încât echilibrul contractual invocat de contestatoare, (...), să fie stabilit prin raportare la specificul contractului de achiziție publică, respectiv față de regimul juridic al acestuia prin raportare la natura juridică de contract administrativ, încheiat în vederea satisfacerii unui serviciu public, acela al transportului feroviar", așadar, autoritatea contractantă a fost obligată să reconfigureze modalitatea de plată a prețului prin stabilirea unor clauze clare și detaliate, care să asigure resursele financiare destinate realizării obiectului contractului și care, totodată, să nu încalce principiul proporționalității, ci dimpotrivă, să asigure echilibrul contractual.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a pus greșit în aplicare Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, reiterând exact aceleași cerințe existente și anterior la nivelul documentației de atribuire.

Astfel, verificând comparativ cerințele inițiale ale documentației de atribuire și cele impuse prin actul atacat, diferențele vizibile aduse prin Clarificarea din oficiu pot fi sintetizate astfel: (i) schimbarea doar din punct de vedere scriptic și fonetic, al perioadei de efectuare a plății către Furnizor (din „*în termen de 60 zile*” în „*într-un termen ce nu poate fi mai mare de 60 zile*”, reprezentând, în esență, același lucru) și (ii) inserarea acelorași moduri și perioade de plată, respectiv acordarea unui avans de 15%, precum și condiționarea următoarelor plăți de livrarea fiecărei locomotive (ambele cerințe regăsindu-se și în documentația de atribuire inițială).

Prin urmare, în opinia sa, nicio modificare a cerințelor documentației de atribuire nu a fost operată, nefiind adoptate măsurile impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, ci au fost impuse aceleași cerințe care se regăseau deja, aproape identic, în documentația de atribuire.

În motivare, contestatoarea susține că prin clarificarea din oficiu, autoritatea contractantă a eludat obligațiile impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 de a reface documentația de atribuire și, implicit, de a identifica o modalitate de stabilire a plății prețului, prin raportare la obiectul contractului, la valoarea acestuia și la exigențele financiare de asigurare a surselor de finanțare, cu respectarea echilibrului contractual și a principiului proporționalității. Reluarea acelorași cerințe ale documentației de atribuire, găsite anterior ca fiind nelegale și netemeinice, conduce la încălcarea caracterului definitiv și al autorității de lucru judecat, situație față de care se impune anularea Clarificării din oficiu și, totodată, obligarea achizitoarei la punerea în aplicare în mod real a măsurilor impuse în sarcina sa prin hotărârile anterior pronunțate.

Astfel, contestatoarea justifică necesitatea anulării Clarificării din oficiu dat fiind că:

A. Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 a stabilit explicit obligația achizitoarei de a reface documentația de atribuire prin configurarea plății prețului astfel încât să se asigure resursele financiare, precum și echilibrul contractual și, totodată, să se respecte principiile aplicabile materiei achizițiilor publice. Documentația de atribuire nu a fost, însă, modificată prin Clarificarea din oficiu, fiind exclusiv reluate cerințele care se regăseau și anterior.

Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 se bucură de caracter definitiv, respectiv caracter executoriu, cât și de autoritate de lucru judecat; inclusiv considerentele Deciziei amintite au dobândit autoritate de lucru judecat, în virtutea art. 430 alin. (2) din C. pr. civ., acestea constituind suportul necesar punerii în aplicare a dispozitivului și, din această cauză, cele două părți ale hotărârii nu pot fi dissociate; achizitoarea trebuia să adopte măsurile impuse prin considerentele Deciziei independent de opinia divergentă asupra fondului cauzei, susține contestatoarea.

Consideră relevante în acest sens următoarele aspecte:

A.1. Măsurile impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 nu au fost adoptate de către ARF; nelegal și netemeinic, prin actul atacat se reiau exclusiv cerințe ale documentației de atribuire inițiale.

Astfel, autoritatea contractantă avea obligația de a modifica cerințele documentației de atribuire privind modalitatea de plată a prețului, așa cum reiese explicit din considerente: *"refacerea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității, conform considerentelor prezentei decizii."*

În opinia sa, această măsură nu a fost adoptată de către autoritatea contractantă întrucât prin clarificarea din oficiu se reiau exclusiv cerințe/aspecte deja regăsite la nivelul documentației de atribuire inițiale. Prin urmare, autoritatea nu a modificat cerințele documentației de atribuire privind modalitatea de plată a prețului în contextul în care atât avansul, cât și plata locomotivelor la momentul recepției acestora erau deja modalitățile de plată a prețului încă de la momentul publicării documentației de atribuire, relevă contestatoarea.

În aceste condiții, susține că autoritatea contractantă avea obligația de a modifica cerințele privind modalitatea de plată a prețului, astfel încât să fie asigurat principiul proporționalității între scopul urmărit și mijloacele la care se poate recurge, fiindu-i impusă obligația *"de a întocmi documentația de atribuire, raportat la modalitatea de plată a prețului, prin raportare la justificarea obiectivă delimitată conform celor menționate anterior, astfel încât să fie asigurat principiul proporționalității între scopul urmărit prin instituirea unei anumite modalități de plată a prețului și mijloacele la care poate recurge în vederea atingerii acestui scop, inclusiv prin evitarea riscului afectării, în*

substanța acestora, a principiilor liberei concurenței și al egalității între potențialii ofertanți", însă, acesta a menținut aceleași cerințe care nu respectă principiul proporționalității între scopul urmărit și mijloacele la care se poate recurge, deși tocmai o astfel de măsură trebuia adoptată.

De asemenea, consideră că autoritatea avea obligația de a modifica oferta în raport de criterii obiective, fiindu-i impuse "modalități de plată a prețului trebuie să fie delimitată numai de justificări obiective în absența cărora desfășurarea și finalizarea procedurii, inclusiv prin executarea contractului, acest deziderat neputându-se realiza însă prin încălcarea unor prevederi normative și a posibilităților financiare ale autorității contractante, aplicabile în egală măsură raporturile contractuale cu orice potențial ofertant", măsură neadoptată de către autoritatea contractantă în contextul în care (i) ofertanților nu li s-a adus la cunoștința niciun criteriu obiectiv eventual avut în vedere la stabilirea modalității de plată a prețului și, cu atât mai mult, (ii) nicio justificare efectivă nu rezultă din Clarificarea din oficiu, achizițioarea limitându-se exclusiv la redarea unor aspecte care rezultau deja din documentația de atribuire și, implicit, care nu produc absolut niciun impact asupra cerințelor/informării transparent a ofertanților. Prin urmare, autoritatea nu a aplicat criterii obiective și implicit, nici nu a respectat principiul transparenței prin emiterea clarificării din oficiu, prin aceasta invocând acte normative care nu reglementează, însă, regimul clauzelor contractuale dintre profesioniștii și autoritățile contractante.

Concluzionând, autoarea contestației afirmă că autoritatea contractantă nu a adoptat măsurile impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, Clarificarea din oficiu fiind, așadar, nelegal și netemeinic emisă.

A.2. Contestatoarea menționează că adoptarea măsurilor impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 ar fi condus autoritatea contractantă la stabilirea unor plăți parțiale, anterioare recepției locomotivelor; nicio justificare pentru care nu a procedat astfel nu a fost oferită operatorilor economici interesați.

Evocând Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, consideră că:

(a) Legat de criteriile obiective, verificabile în raport de care cerințele privind modalitatea de plată a prețului să fie stabilite, respectiv:

- obiectul contractului – acesta are un obiect complex, respectiv furnizarea de produse și de servicii ceea ce confirmă că pentru asigurarea încrederii reciproce între părțile contractuale, este necesar un sprijin constant, perpetuu și necondiționat din partea acestora pentru buna derulare a contractului.

- valoarea contractului - are o valoare estimativă foarte mare (între 702.453.762,18 și 1.036.568.887,80 lei) ceea ce confirmă că și activitățile necesare producției și livrării locomotivelor implică costuri

enorme care nu pot, însă, să fie suportate de către o singură parte contractuală pe o perioadă de 2 ani.

- exigențele financiare de asigurare a resurselor de finanțare – funcție de clauza suspensivă a cerinței II.1.4. din Fișa de date, încheierea contractului de achiziție publică este condiționată de obținerea/aprobarea finanțării achiziției de produse; așadar, dacă sursa de finanțare nu este asigurată, inclusiv furnizorul este direct impactat, contractul nemaifiind încheiat.

- nevoile concrete ale autorității contractante - la momentul publicării documentației de atribuire, achizitoarea a previzionat posibilitatea de a suplimenta cantitățile solicitate și, deci, implicit și a unui cost suplimentar.

(b) Legat de aspectele necesar a fi fost avute în vedere la momentul stabilirii modalității de plată, respectiv:

- echilibrul contractual să fie stabilit în raport de specificul contractului și regimul juridic al acestuia, contract administrativ, încheiat în vederea satisfacerii unui serviciu public, acela al transportului feroviar, Legea nr. 72/2013 care reglementează contractele încheiate între profesioniști și autoritățile contractante statuând expres posibilitatea părților contractuale de a efectua plățile eșalonat, context în care petenta apreciază că atât timp cât o astfel de posibilitate a fost reglementată chiar prin dispozițiile legale, iar plata unitară a produselor conduce la un dezechilibru evident între părțile contractuale, devine incontestabil faptul că singura măsură posibilă a fi adoptată este întocmai aceea de plată eșalonată a prețului astfel încât ambele părți să suporte posibilele riscuri pe parcursul derulării contractului.

- asigurarea resurselor financiare destinate realizării obiectului contractului - achizitoarea trebuia să coreleze cerințele/clauzele documentației de atribuire, astfel încât să asigure furnizorului toate resursele financiare necesare derulării în bune condiții a contractului; așadar, relevant este, de asemenea, ca riscul economic și financiar să nu fie suportat exclusiv și limitativ de către furnizor, ci acesta să fie susținut de către ambele părți contractuale. Pe de altă parte, stabilirea unor plăți eșalonate conduce la remunerarea furnizorului în raport de momente cheie ale derulării contractului, respectiv data punerii la dispoziția achizitoarei a documentației tehnice aferente locomotivelor, omologarea acestora și începerea testării primei locomotive, argumentează contestatoarea.

- respectarea principiului proporționalității, impus prin jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene - principiul proporționalității impune ca între scopul urmărit și măsurile dispuse să nu fie disproporționate, ceea ce înseamnă ca prestațiile părților să fie simultane, serioase și determinate în raport de momente cheie în derularea contractului. Nu se poate, așadar, pretinde respectarea principiului proporționalității în contextul în care doar furnizorul suportă

costurile de producție și livrare a locomotivelor pe o perioadă de 20 de luni, iar achiziția este scutită de la absolut orice plată în aceeași perioadă de timp.

- respectarea principiului transparenței prin furnizarea justificărilor autorității contractante pentru care a decis modalitatea de plată a prețului - omisiunea achiziției de a formula orice justificare față de modalitatea de plată a prețului denotă, de fapt, că aceasta a fost stabilită discreționar și oportunist, fără a fi, de fapt, fundamentată nici în propriile sale nevoi și nici în actele normative în baza căreia se derulează prezenta Procedură de atribuire. Posibilitățile financiare ale achiziției ar fi trebuit explicate, justificate prin aducerea acestora la cunoștința operatorilor economici interesați. Oricum, atât timp cât documentația de atribuire relevă o posibilitate de suplimentare a produselor se observă că, în realitate, nu posibilitățile financiare ale acesteia s-ar opune modalității de eșalonare a prețului.

Sintetizând, autoarea consideră că Clarificarea din oficiu nu denotă o analiză a criteriilor obiective și verificabile, anterior reiterării modalității de plată a prețului; dimpotrivă, modul în care Clarificare din oficiu a fost emisă denotă, de fapt, o adoptare pur formală a modificărilor documentației de atribuire impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023.

Respectarea principiului proporționalității, asigurarea resurselor necesare derulării contractului și echilibrul contractului impun, fără niciun dubiu, necesitatea ca riscul economic și financiar pe care furnizorul îl suportă să fie preluat și de către achiziție prin stabilirea unor plăți anticipate și parțiale anterior recepției locomotivelor. A admite faptul că, pe o perioadă de 20 - 26 de luni, doar furnizorul trebuie să suporte riscul executării contractului nu poate conduce decât la încălcarea liberei concurențe și a echilibrului contractual care trebuie să existe chiar dacă una dintre părți este entitate contractantă, conchide autoarea.

A.3. Contestatoarea iterează că modalitatea de plată impusă de către achiziție nu respectă (din nou) principiul proporționalității și echilibrul contractual. Resursele financiare destinate realizării obiectului contractului ar putea fi asigurate doar prin introducerea unor plăți parțiale ale prețului, anterioare recepționării primei locomotive, sugerează petenta.

În acest sens, susține că plata fiecărei locomotive la momentul recepției acesteia nu asigură respectarea principiului proporționalității și echilibrului contractual. Astfel, furnizorul produselor suportă costuri semnificative pe o perioadă de aproximativ 2 ani, iar achiziția este protejată de orice risc financiar și economic posibil a interveni.

Conform modalității de plată statuată la nivelul documentației de atribuire, furnizorul ar fi fost plătit de către achiziție abia într-un termen de 60 de zile de la data la care produsele sunt livrate și recepționate; practic, prima tranșă aferentă locomotivelor electrice ar fi

fost achitată la aproximativ 26 de luni de la data semnării contractului, costurile intervenite în această perioadă fiind suportate integral și nelimitativ de către furnizor.

Concret, în opinia sa, prin cerințele documentației de atribuire (atât în versiunea inițială, cât și cele „modificate” prin Clarificarea din oficiu), achizitoarea a stabilit că (i) la solicitarea furnizorului, va acorda un avans de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor; (ii) facturile aferente prețului locomotivelor se emit de către furnizor doar la momentul la care produsele sunt livrate și recepționate pentru punerea în serviciu comercial cu călători; (iii) avansul va fi scăzut din valoarea aferentă produselor facturate.

Prin stabilirea acestor cerințe, achizitoarea a ignorat faptul că proiectarea și executarea produselor ofertate este un proces complex care implică costuri semnificative pentru proiectare, materiale, manoperă, inginerie și pentru pregătirea fabricației. În modalitatea în care achizitoarea a înțeles să impună condițiile de plată se ajungea la situația în care ofertantul suporta un efort financiar neechilibrat față de obligațiile asumate de către autoritatea contractantă.

Practic, în opinia sa, toate costurile necesare producției produselor ar fi fost susținute de către furnizor pentru o perioadă de cel puțin 18 luni-24 luni, iar achizitoarea urma să le achite mult ulterior (într-un interval de maxim 60 de zile de la data recepționării acestora), ceea ce poate implica inclusiv deprecieri valutare și alte costuri bancare.

Pe parcursul a unei perioade de 25 - 35 de luni de la semnarea contractului întregul lot de locomotive urmează a fi livrat; prin urmare, deși, ARF a stabilit că a doua plată va fi într-o perioadă de 20 - 26 luni, pe parcursul acestei perioade furnizorul suportă un cost enorm aferent atât primei locomotive, cât și celorlalte produse în contextul în care acestea sunt livrate imediat ulterior. Cu alte cuvinte, costul suportat de către furnizor în primii doi contractuali nu se raportează exclusiv la primul produs livrat, ci la cel puțin 5 locomotive, iar numărul acestora crește exponențial cu fiecare lună contractuală, susține contestatoarea.

Prin urmare, susține că modalitatea de plată a prețului impusă de către achizitoare nu respectă nici principiul proporționalității și nici echilibrul contractual.

În maniera în care, la acest moment, prețul urmează a fi achitat nu poate asigura resursele financiare pentru realizarea obiectului contractului, consideră autoarea, reiterând că la nivel jurisprudențial al CJUE (Cauza C-472/20) s-a statuat 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”*.

Prin urmare, consideră că singura modalitate pentru a evita orice ambiguități în viitoarea executare a contractului este modificarea clauzei contractuale privind modalitatea de plată a prețului prin inserarea unor plăți eșalonate astfel încât să se asigure posibilitatea practică de

proiectare, fabricare, livrare și punere în funcțiune a locomotivelor electrice.

Totodată, imposibilitatea achizitoarei de a justifica fundamentat și probat motivele pentru care a stabilit modalitatea de plată a locomotivelor electrice doar ulterior recepției acestora conduce, totodată, și la încălcarea principiului transparenței, apreciază contestatoarea.

Or, în contextul în care chiar organizatoarea Procedurii de atribuire nu poate informa transparent și complet persoanele interesate despre alegerea acestei modalități de plată (deși o astfel de obligație a fost stabilită în sarcina sa în mod expres), devine evidentă necesitatea modificării cerinței/clauzei contractuale prin stabilirea unei noi modalități de plată prin eşalonare tocmai pentru ca riscurile contractuale să fie împărțite între autoritatea contractantă și furnizor, conchide autoarea.

3. Contestatoarea susține că eşalonarea plăților produselor livrate este singura măsură aptă să asigure resursele financiare destinate realizării obiectului contractului în raport de criterii obiective. Completarea cerințelor documentației de atribuire cu inserarea unor plăți anticipate, prin indicarea cuantumului și termenului aferent, conduce la respectarea principiului proporționalității și echilibrului contractual.

Cu titlu de exemplu, autoarea prezintă următoarele termene de plată ce pot asigura echilibrul contractual necesar scopului urmărit și complexității acestuia: (i) 20% din valoarea totală a contractului de material rulant imediat după semnarea contractului; (ii) 35% din valoarea totală a contractului cu un an înainte de livrarea primei locomotive; (iii) 25% din valoarea totală a contractului cu patru luni înainte de livrarea primei locomotive; (iv) 20% din valoarea fiecărei locomotive, după livrarea și recepția acesteia, susținând că prin aceste plăți eşalonate, achizitoarea ar reduce efortul financiar susținut de către furnizorul produselor și, implicit, ar susține posibilitatea reală și practică de executare a contractului prin asigurarea resurselor financiare necesare pentru bună execuție a produselor oferite.

Contestatoarea folosește drept exemplu Procedura de atribuire „Achiziția de 20 de rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR, destinate conectării centrelor urbane din România și achiziția serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, publicată în SEAP, prin Anunțul de participare nr. CN1049902/27.11.2022, în cadrul căreia, prin Clarificarea din oficiu nr. 364/18.01.2023 au fost stabilite următoarele modalități de plată a prețului:

- avans nr. 2 - 5% din valoarea prețului de achiziție al produselor, după acceptarea de către autoritate a documentației privind proiectarea designului interior și exterior pentru IR-RE;

- avans nr. 3 - 5% din valoarea prețului de achiziție al produselor, după acceptarea de către autoritate a Strategiei de certificare și autorizare a IR-RE în vederea introducerii în exploatare cu călători;

- avans nr. 4 - 5% din valoarea prețului de achiziție al produselor, după finalizarea producției a cel puțin unei IR-RE și certificarea faptului că aceasta a fost livrată în vederea efectuării testelor necesare emiterii autorizațiilor pentru introducerea pe piață.

În derularea contractului, indică drept relevante următoarele repere temporare:

- În termen de 6 luni de la semnarea contractului, furnizorul trebuie să îi predea autorității contractante (i) desenul de ansamblu cu amenajările interioare, designul interior și exterior al locomotivei; (ii) toate desenele componentelor principale și de asamblare; (iii) scheme electrice; (iv) proceduri de testare, astfel cum explicit impune pct. 6.4.1 din Caietul de sarcini – acesta fiind un reper temporar pentru o plată parțială a produselor.

- Similar, data omologării locomotivelor, precum și data în care prima locomotivă începe testele necesar a fi efectuată în conformitate cu normativele tehnice aplicabile (respectiv STI relevante, SR EN, EN, fișe UIC) – este de asemenea un reper temporar în raport de care s-ar impune plăți parțiale pentru buna derulare a contractului.

Sintetizând, autoarea arată că deși achizițarea a încercat să exprime, în Clarificarea din oficiu, că ar exista „plăți eşalonate”, în realitate, simpla analiză a clauzelor contractuale denotă faptul că fiecare locomotivă va fi plătită exclusiv ulterior recepției acesteia; nicio plată anterioară recepționării produselor nu a fost, de fapt, stabilită, avansul fiind scăzut din fiecare factură emisă.

Avansul indicat de către achizitoare (și niciodată modificat) nu este suficient în a acoperi toate costurile suportate de către furnizor în contextul în care întreg lotul de locomotive urmează a fi livrat într-o perioadă de 25 - 35 de luni, prima plată a produselor (din care se va și reține 25% aferent avansului) fiind posibilă într-o perioadă de 20 - 26 de luni.

B. În continuare, ... SA susține că sarcina pe osie se impune, de asemenea, a fi modificată, considerând Răspunsul la clarificări netemeinic.

Punctual, petenta arată că prin cerința 2.1. pct. (6) din Caietul de sarcini, achizițarea a impus că: *"LE va avea un design aerodinamic, cu sarcina maximă pe osie de 21,5 tone"*.

Prin clarificări s-a solicitat achizitoarei să accepte reformularea cerinței privind sarcina pe osie în sensul ca sarcina medie a locomotivei să fie 21,5, iar nu sarcina maximă;

Prin Răspunsul la clarificări achizițarea a răspuns în mod profund nemotivat exclusiv în sensul că *"se vor respecta cerințele prezentului Caiet de sarcini, sarcina maximă pe osie va fi de 21.5 tone"*.

Contestatoarea apreciază netemeinic răspunsul oferit de către achizitoare, dat fiind că:

- pe de o parte, nu se arată motivul concret pentru care achizitoarea nu consideră că ar fi întrunite nevoile și oportunitățile pentru care a organizat Procedura de atribuire în situația în care sarcina medie pe osie ar fi cea solicitată, iar nu sarcina maximă; nicio justificare concretă a modalității de impunere a cerinței nu a fost, așadar, adusă la cunoștința ofertanților;

- pe de altă parte, achizitoarea ignoră faptul că proiectarea și execuția liniilor de cale ferată modernizate se raportează la o sarcină maximă pe osie de 22,5 tone, nicidecum la valoarea maximă indicată în documentația procedurii în cauză; cu alte cuvinte, deși prin natura activității sale, autoritatea contractantă ar fi trebuit să cunoască noile specificații tehnice aferente liniilor de infrastructură, această ignoră solicitarea adresată, fără nicio motivare obiectivă, verificabilă și/sau raționament propriu.

Contestatoarea consideră și în această situație că principiul proporționalității este încălcat, în contextul în care liniile de cale ferată modernizate permit mersul unei locomotive cu o sarcină pe osie mai mare decât cea solicitată prin cerințele Caietului de sarcini, iar achizitoarea refuză să accepte această situație de fapt pe care, de altfel, o și cunoaște.

Sintetizând cele expuse, achizitoarea concluzionează că:

- Măsurile impuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 nu au fost adoptate de către achizitoare;
- Principiul proporționalității și echilibrul contractual sunt grav încălcate în contextul în care toate costurile implicate de proiectarea, executarea, livrarea produselor se află în responsabilitatea furnizorului pe o perioadă de până la 26 de luni;
- Este necesară introducerea unor plăți parțiale, prin indicarea clară a valorii, termenelor și condițiilor posibil a fi întrunite, aceasta fiind singura măsură care poate asigura resursele financiare necesare pentru derularea contractului, precum și respectarea echilibrului contractual;
- Se impune și anularea Răspunsului la solicitările de clarificări dat fiind că liniile de cale ferată permit/suportă locomotive având o sarcină pe osie mai mare decât cea impusă de către entitatea contractantă, situație față de care menținerea cerinței este disproporționată și, totodată, nejustificată.

Totodată, dat fiindcă actul atacat nu stabilește plata eșalonată a locomotivelor, iar această „omisiune” conduce la încălcarea principiului proporționalității și echilibrului contractual, contestatoarea apreciază că se impune (i) anularea Clarificării din oficiu; (ii) obligarea achizitoarei la verificarea modalității de plată a prețului, prin identificarea unei variante în care să se asigure resursele financiare necesare pentru buna derulare a contractului, respectiv prin adăugarea unor plăți intermediare, anterioare celor unitare în raport de fiecare locomotivă recepționată, prin

indicarea explicită a valorii, termenelor și condițiilor necesar a fi întrunite și respectate de către ambele părți contractuale.

În drept, ... SA invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale menționate în contestație

Ca probe, înscrisurile la care s-a făcut referire în contestație și cele din dosarul achiziției.

Prin adresa nr. 1026/28.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9948/28.02.2023, ... SA a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. 208925949/1 din 27.02.2023, în valoare de 220.000,00 lei, document emis de CEC BANK, Sucursala Victoria.

Prin adresa nr. 1675/27.02.2023, ... formulează un prim *punct de vedere* la contestație prin care arată următoarele:

Ulterior comunicării Deciziei Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 autoritatea contractantă a pus în aplicare cele dispuse de către instanța de judecată, astfel că la data de 13.02.2023 prin Clarificările din oficiu nr. 1152, publicată în SEAP la data de 14.02.2023, a cărei anulare se solicită, a fost refăcută documentația de atribuire prin completarea prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților eșalonate (litera c), contrar celor afirmate de către contestatoare.

Astfel, achizitoarea, prin clarificările efectuate, a detaliat modul de eșalonare a plăților, cu respectarea prevederilor legale, în felul următor:

- prima plată se acordă în avans cu respectarea prevederilor Legii nr. 500/2002 și a H.G. nr. 264/2003, cu modificările și completările ulterioare, este în cuantum de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor și se atribuie Furnizorului la solicitarea acesteia;

- a doua plată este condiționată de livrarea produselor furnizate (locomotive), respectiv de livrarea primei locomotive ce se va realiza în termen de 18 luni de la semnarea contractului; aceasta se va încasa de către furnizor în termen de minim 18 luni - maxim 20 de luni de la semnarea contractului, ținând cont de faptul că plățile se fac în termen de maxim 60 de zile de la primirea facturii și a documentelor justificative conexe;

- a treia plată va fi încasată de către furnizor în termen de minim 22 de luni - maxim 24 de luni de la semnarea contractului, având în vedere atât cadența de livrare de 4 locomotive/lună cât și termenul maxim de plată al facturii mai sus menționat;

- plățile ulterioare vor fi efectuate periodic deoarece facturile vor fi emise și transmise lunar până la livrarea ultimei locomotive.

Având în vedere modul de eșalonare a plății mai sus menționat, precum și faptul că prețul de achiziție al produselor exprimat în lei reprezintă valoarea în euro, achizitoarea consideră că este respectat principiul echilibrului contractual, al proporționalității, al transparenței, contrar celor afirmate de către contestatoare prin contestația formulată 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,

avans ce este acordat tocmai pentru a se asigura echilibrul prestațiilor contractuale.

Autoritatea contractantă consideră că prestațiile contractuale sunt proporționale și coerente, contrar celor afirmate de către contestatoare, cu atât mai mult cu cât asigurarea, ori după caz finanțarea fluxului de numerar necesar implementării proiectului (proiectare, pregătire producție, fabricare locomotive, livrare, etc.) sunt responsabilitatea fiecărui ofertant/operator economic în parte și sunt cerințe transparente pentru orice ofertant/operator interesat să participe la o procedură de achiziție publică.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că, prin modul de eșalonare prezentat mai sus, plățile produselor livrate pe parcursul derulării contractului sunt realizate constant, în intervale de timp rezonabile.

Achizitoarea precizează și faptul că valoarea avansului de 15% stabilită în procedura de atribuire nu a fost stabilită la voia întâmplării, ci a fost stabilită de către experții externi ai Băncii Europene de Investiții în cadrul asistenței tehnice acordată.

Totodată, achizitoarea menționează faptul că, conform prevederilor art. 1, alin. 3 din H.G. nr. 264/2003 *„în cazul în care acordarea avansului se efectuează în mai multe tranșe, valoarea însumată a acestora nu poate depăși 30% din valoarea totală a contractului”*, deci legiuitorul a stabilit avansul care poate fi dat pentru astfel de proiecte.

Asigurarea, ori după caz finanțarea fluxului de numerar necesar implementării proiectului (proiectare, pregătire producție, fabricare locomotive, livrare, etc.) sunt responsabilitatea fiecărui ofertant/operator economic în parte și sunt cerințe transparente pentru orice ofertant/operator interesat să participe la o procedură de achiziție publică, învederează autoritatea contractantă. Astfel, nici un operator economic nu este discriminat prin necesitatea includerii costului finanțării în costurile de furnizare a locomotivelor.

De asemeni este în interesul utilizării banului public ca operatorul economic să fie motivat să respecte graficul asumat, adaugă achizitoarea.

Autoritatea pentru Reformă Feroviară precizează faptul că este o autoritate publică a Statului Român care achiziționează un produs finit funcțional (locomotivă electrică pe 4 osii cu sisteme ERTMS capabilă să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să trakteze până la 16 vagoane de călători, destinată transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivei locomotive).

Achizitoarea menționează că în cadrul documentației de atribuire/modelului de contract se utilizează ca monedă de plată moneda națională a României, iar pentru evitarea unor riscuri de curs valutar pe

întreaga durată a contractului valoarea facturii ține cont de prețul ofertat ferm, inclusiv în euro, și de cursul valutar de la momentul respectiv.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind anularea Clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023, publicată în SEAP la data de 14.02.2023, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia având în vedere faptul că prin această clarificare a fost prezentat clar/detaliat modul de efectuare a plăților, conform Deciziei Curșii de Apel București nr. 164 din 25.01.2023, contrar celor afirmate de către contestatoare.

Referitor la punctul 3 din contestație, autoritatea contractantă relevă că, în conformitate cu prevederile art.55 din HG nr. 395/2016, actualizată, a publicat clarificarea din oficiu nr. 1631 /24.02.2023, prin care s-au modificat datele anunțului original astfel:

Numărul secțiunii	în loc de:	A se citi:
1	2	3
Caietul de sarcini	2.1. <i>CONCEPTUL DE DESIGN ȘI CONDIȚIILE MINIME DE PROIECTARE</i> <u>6.</u> <i>LE va avea un design aerodinamic, cu sarcina maximă pe osie de 21,5 tone.</i>	2.1. <i>CONCEPTUL DE DESIGN ȘI CONDIȚIILE MINIME DE PROIECTARE</i> <u>6.</u> <i>LE va avea un design aerodinamic, cu sarcina maximă pe osie de 22,5 tone.</i>

solicitarea anulării Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023, în partea ce vizează sarcina pe osie fiind rămasă fără obiect.

Prin adresa nr. 1764/01.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 10588/02.03.2023, ... transmite un al doilea *punct de vedere* cu referire la:

- punctul 2 din contestație - *Anularea Clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023 publicată de către ARF ("Clarificarea din oficiu") și*
- *punctul 4 din contestație - Obligarea Autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea considerentelor Deciziei nr. 164 din 25.01.2023 pronunțată de către Curtea de Apel București („Decizia CAB”), precum și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice prin modificarea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității.*

În ce privește anularea Clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023, publicată în SEAP la data de 14.02.2023, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia având în vedere următoarele:

1. Clarificarea mai sus menționată este legală și temeinică, deoarece a lit. c) este prezentat clar/detaliat modul de eșalonare a plăților așa cum de altfel a fost pus în vedere de către Curtea de Apel București prin Decizia Civilă nr. 164 din 25.01.2023, modul de eșalonare prezentat în clarificările în cauză respectând principiul proporționalității.

Autoritatea contractantă precizează faptul că proporționalitatea se aplică diferit în funcție de fiecare situație concretă și raportat la circumstanțele cauzei, fiind un concept flexibil și perfect maleabil.

Astfel, achizitoarea afirmă că, în unele sisteme de drept administrativ proporționalitatea este considerată ca fiind un principiu consacrat la nivel constituțional sau general de drept, care se aplică, în principiu, întregii arii, în alte sisteme proporționalitatea se aplică numai în anumite domenii ale dreptului administrativ, dar există și unele sisteme administrative de drept care nu recunosc proporționalitatea ca pe un standard juridic.

În acest sens, achizitoarea prezintă ca exemplu cele trei elemente ce alcătuiesc principiul proporționalității în sistemul german, astfel:

a) caracterul adecvat/potrivit - o acțiune publică trebuie privită cel puțin ca fiind adecvată pentru atingerea scopului său;

b) necesitatea măsurii - aceasta presupune că autoritatea administrativă cel mai puțin restrictiv dintre mijloacele eficiente avute, achizitoarea precizând că cerința privind caracterul necesar este supusă unui examen *ex-ante* de către instanțele de judecată.

c) analiza proporționalității *stricto sensu* - acest element interzice luarea măsurii în cazul în care dezavantajul față de individ depășește avantajul conferit sistemului public sau față de o terță persoană. În această etapă instanța analizează cât de profund este limitat dreptul constituțional, cât de grav este pericolul pentru binele public, cât de probabil este ca pericolul să se materializeze.

Autoritatea contractantă arată că la nivelul Uniunii Europene proporționalitatea este formată din patru elemente, astfel:

a) măsura să fie adecvată;

b) căutarea unui scop legitim;

c) să fie printre măsurile corespunzătoare care constituie cel mai puțin restrictiv mijloc;

d) nu este în mod vădit disproporționat raportat la costuri și beneficii.

Privitor la acest principiu Curtea a subliniat faptul că această analiză rămâne la latitudinea autorităților comunitare sau naționale relevante sau, în cadrul procedurilor preliminare, instanțelor naționale.

Achizitoarea precizează faptul că din studierea jurisprudenței constante nu reiese că s-ar regăsi vreun algoritm fix prin care să se analizeze proporționalitatea. Mai mult, Curtea apreciază fiecare caz *în concreto*, soluționând fiecare speță în raport cu circumstanțele cazului.

În continuare, autoritatea contractantă susține că, în dreptul administrativ, principiul proporționalității este un criteriu care permite delimitarea puterii discreționare a autorităților administrative de excesul de putere în raport de care se realizează controlul jurisdicțional al actelor administrative pentru exces de putere.

În ce privește Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, printre principiile consacrate în cadrul art. 2 se regăsește și cel al proporționalității, însă legiuitorul nu a definit acest principiu, afirmă achizitoarea.

Referitor la afirmația contestatoarei privind faptul că ... a încălcat principiul transparenței prin neaducerea la cunoștința ofertanților a modului în care plata prețului a fost stabilită, achizitoarea precizează că prin această afirmație se dorește inducerea în eroare deoarece urmare a publicării în SEAP a clarificărilor a cărei anulare se solicită toți ofertanții au posibilitatea de a vedea modalitatea de plată eșalonată a prețului.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că modalitatea de plată inserată în documentația de atribuire, dar în mod particular în modelul de contract, reprezintă rezultatul unui studiu de fezabilitate elaborat de către experții Băncii Europene de Investiții - Acord de servicii de suport consultativ pentru proiecte (BEI - PASSA), în baza unui Acord de servicii de asistență tehnică pentru proiecte - PASSA, încheiat între ... și Ministerul Fondurilor Europene (MFE).

Autoritatea contractantă consideră eronată sau cu rea intenție afirmația contestatoarei potrivit căreia *"adoptarea măsurilor impuse prin Decizia CAB ar fi condus Autoritatea contractanta la stabilirea unor plăți parțiale, anterioare recepției locomotivelor;(...)", deoarece prin decizia în cauză Curtea de Apel București "obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin refacerea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității, conform considerentelor prezentei decizii", fără a obliga la efectuarea unei plăți parțiale, așa cum dorește contestatoarea.*

Achizitoarea reiterează asupra avansului de 15% din valoarea contractului acordat la cererea operatorului care câștigă procedura de achiziție, considerându-l îndeostulător pentru demararea demersurilor ce au ca scop îndeplinirea obiectului contractului de achiziție publică încheiat.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază eronată susținerea contestatoarei a faptului că *"prima tranșă aferentă locomotivelor electrice ar fi fost achitată de către ARF la aproximativ 26 de luni de la data semnării contractului, costurile intervenite în această perioadă fiind suportate integral și nelimitativ de către furnizor",* deoarece, așa cum este menționat în documentația de atribuire (în care sunt incluse clarificările, răspunsurile consolidate, erate etc.), precum și în modelul de contract ce face parte integrantă din aceasta, prima plată poate fi efectuată de către autoritatea contractantă în avans, la solicitarea furnizorului, valoarea acesteia fiind de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor, la care se adaugă TVA, în condițiile legii.

În aceeași măsură, susținerile contestatoarei privind faptul că *„toate costurile necesare producției produselor ar fi fost susținute de către furnizor pentru o perioadă de cel puțin 18 luni - 24 de luni (perioada limită pentru livrarea primei locomotive electrice), iar ARF urma să le achite mult ulterior (într-un interval de maxim 60 de zile de la data recepționării acestora), ceea ce putea implica inclusiv depreciere valutare și alte costuri bancare”*, sunt total neadevărate având drept scop inducerea în eroare, având în vedere avansul de 15% din valoarea contractului imediat după semnarea acestuia, precum și de faptul că prima locomotivă va fi livrată în termen de 18 luni de la semnarea contractului ci nu într-un interval de 18 -24 luni așa cum, în mod eronat sau cu rea intenție, susține contestatoarea.

Referitor la afirmațiile privind implicarea inclusivă a unei depreciere valutare și alte costuri bancare la care face trimitere contestatoarea, autoritatea contractantă precizează faptul că acestea sunt neîntemeiate deoarece nu se pune problema unei depreciere valutare ținând cont de faptul că, chiar dacă în cadrul documentației de atribuire/modelului de contract se utilizează ca monedă de plată moneda națională a României, pentru evitarea unor riscuri de curs valutar pe întreaga durată a contractului valoarea facturii ține cont de prețul ofertat ferm, inclusiv în euro, și de cursul valutar de la momentul respectiv.

Cea de a treia plată va fi încasată de către furnizor în termen de minim 22 de luni - maxim 24 de luni de la semnarea contractului, având în vedere atât cadența de livrare de 4 locomotive/lună cât și termenul maxim de plată al facturii mai sus menționat.

Având în vedere modul de eșalonare a plății mai sus menționat, precum și faptul că prețul de achiziție al produselor exprimat în lei reprezintă valoarea în euro la cursul prevăzut în HG nr. 1191 din 29.09.2022, autoritatea contractantă consideră că este respectat principiul echilibrului contractual.

De asemenea, achizitoarea consideră că prestațiile contractuale sunt proporționale și coerente, contrar celor relatate de către contestatoare, cu atât mai mult cu cât asigurarea, ori după caz finanțarea fluxului de numerar necesar implementării proiectului (proiectare, pregătire producție, fabricare locomotive, livrare, etc.) sunt responsabilitatea fiecărui ofertant/operator economic în parte și sunt cerințe transparente pentru orice ofertant/operator interesat să participe la o procedură de achiziție publică.

Autoritatea contractantă învederează că nu poate accepta modul de eșalonare a plăților și procentul solicitat de către contestatoare, de a plăti înainte de livrarea și recepția primei locomotive un cuvântul de 80% din valoarea totală a contractului (20% din valoarea totală a contractului de material rulant imediat după semnarea contractului; 35% din valoarea totală a contractului cu un an înainte de livrarea primei locomotive; 25% din valoarea totală a contractului cu patru luni înainte

de livrarea primei locomotive), aceasta constituind un dezechilibru major pentru achizitoare.

Combătând afirmației contestatoarei ce propune ca exemplu o altă procedură de atribuire în cadrul căroră au fost stabilite valori și termene concrete de plată a prețului eșalonat (achiziția de 20 de rame electrice interregionale de lung parcurs RE-IR), autoritatea contractantă precizează că modul de eșalonare din respectiva procedură nu este relevant și procedurii privind achiziția celor 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERMTS și a serviciilor de mentenanță și reparații a acestora având în vedere, pe de o parte faptul că obiectul fiecărei achiziții este diferit, iar pe de altă parte faptul că pentru achiziția de față modul de eșalonare a fost menționat în clarificările a cărei anulare se solicită, cu respectarea Deciziei Civile nr. 164 din 25.01.2023.

Având în vedere faptul că livrarea locomotivelor se realizează eșalonat, iar plata acestora se efectuează tot eșalonat, achizitoarea consideră că este respectat principiul echilibrului contractual, precum și principiul proporționalității, contrar afirmațiilor contestatoarei.

Prin adresa nr. 1026/28.02.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 9948/28.02.2023, ... SA a transmis *note scrise* în contextul punctelor de vedere transmise de către ..., prezentând următoarele aspecte.

Contestatoare indică ca relevante soluționării cauzei următoarele aspecte:

a) Modalitatea de plată impusă prin cerințele documentației de atribuire

- *prima plată este reprezentantă de un avans de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor care (i) se atribuie la solicitarea furnizorului, (ii) se va achita în termen de 60 de zile de la data înregistrării facturii; (iii) se va scădea într-un procent de 25% din fiecare factură aferentă fiecărui produs până când este justificată integral*, modalitate prin care achizitoarea a stabilit un avans mult inferior celui posibil a fi fost acordat în aplicarea dispozițiilor legale, fără a oferi nicio justificare privind modul în care acesta a fost stabilit și, respectiv, impus prin documentația de atribuire.

- cea de a doua plată neclară din punct de vedere valoric și, oricum, ulterioară proiectării, fabricării și livrării produsului la care se referă, fiind condiționată: (i) de livrarea primei locomotive ce se va realiza într-un termen de 18 - 24 de luni de la semnarea contractului; (ii) de factura furnizorului, care poate fi emisă doar pentru produse livrate și recepționate pentru punerea în funcțiune în serviciu comercial cu călători; (iii) de acceptarea de către autoritatea contractantă a facturii ca fiind: (1) conformă cu prevederile relevante ale Contractului; (2) corectă din punct de vedere aritmetic; (3) însoțită de documentele relevante; (iv) de un termen de maxim 60 de zile de la data înregistrării la sediul autorității contractante a facturii emise, așadar, (i) nefiind stabilit în mod clar și explicit quantumul sau procentul aferent cele de a

"doua plăți", (ii) factura poate fi emisă doar ulterior recepției primei locomotive, demers ulterior livrării acesteia al cărui reper temporar a fost stabilit în intervalul 18 - 24 de luni de la semnarea contractului; (iii) plata urmează a fi efectuată într-un termen maxim de 60 de zile de la data emiterii facturii, deci într-un interval cuprins între 20-26 de luni de la semnarea contractului.

- cea de a treia plată neclară din punct de vedere valoric și, la rândul ei tot ulterioară livrării și condiționată de aceleași demersuri precum cele stabilite la cea de a doua plată, așadar, (i) quantumul sau procentul aferent celei de a doua plăți nu a fost stabilită în mod clar și explicit; (ii) factura poate fi emisă doar ulterior recepției locomotivelor, demers ulterior livrării acestora al cărui reper temporar este stabilit într-un interval 19 - 25 de luni în contextul în care: sunt livrate 2-4 produse/lună ulterior livrării primei locomotive.

- plățile ulterioare neclare ca interval de realizare și, oricum, nedefinite valoric și ulterioare livrării vor fi condiționate, din nou, de recepționarea locomotivelor și, implicit, de acceptarea conformității facturii de către autoritatea contractantă.

b) Nicio plată eșalonată nu a fost, așadar, stabilită prin documentația de atribuire, fiind, de fapt, stabilit un mecanism de plată care este în mod cert ulterior și depinde exclusiv de recepția locomotivelor, existând, oricum, în continuare, la nivelul documentației de atribuire neconcordanțe și neclarități care atrag încălcarea principiului transparenței și proporționalității, detaliind concret:

- nu a fost justificată modalitatea de plată stabilită prin documentația de atribuire prin raportare la criterii obiective, clare și explicite, raționamentul ARF în acest sens nefiind adus la cunoștința ofertanților;

- avansul de 15% din valoarea produselor nu poate fi considerat plată parțială a locomotivelor;

- nu există nicio plată anterioară livrării și recepționării produselor; deci nicio eșalonare aptă să asigure sustenabilitatea activităților de proiectare, fabricare și livrare.

- există necorelări evidente între clauzele contractuale privind prețul produselor

Modalitatea de plată aleasă discreționar de către ARF nu este justificată nici în raport de dispoziții legale și nici în raport de criterii obiective, contestatoarea susținând că simpla redare a faptului că avansul maxim posibil a fi acordat potrivit dispozițiilor legale este de 30% din valoarea totală a contractului nu justifică motivele pentru care achizițarea ar fi impus un avans de doar 15% din prețul de achiziție al produselor.

Avansul stabilit de către autoritatea contractantă se raportează exclusiv la prețul de achiziție al produselor, nicidecum la valoarea Contractului ce urmează a fi atribuit, care include și mentenanța

acestora pe o perioadă de 20 de ani; aşadar, calculul avansului de 15% nu poate fi aplicat la valoarea estimată a Contractului redată la pct. II.1.5. din Fişa de date care include şi activităţile de mentenanţă, afirmă autoarea.

- Există la nivelul documentaţiei de atribuire momente cheie în raport de care plăţi eşalonate ale preţului produselor pot fi impuse, susţine contestatoarea, exemplificând: (i) termenul de 6 luni de la semnarea contractului când furnizorul trebuie să predea desene, scheme tehnice, proceduri de testare; (ii) data omologării locomotivelor, (iii) data în care prima locomotivă începe testele necesar a fi efectuate în conformitate cu normativele tehnice aplicabile.

- Entitatea contractantă se prevalează de informaţii/documente care nu au fost aduse la cunoştinţa ofertanţilor. Studiul de fezabilitate elaborat de către experţii Băncii Europene de Investiţii nu a fost publicat nici în SEAP, şi nici nu a fost depus sub formă de anexă a punctului de vedere pentru a putea fi observate soluţiile propuse, care ar fi condus la stabilirea acestei modalităţi de plată. În consecinţă, acest argument este neprobat, deşi sarcina probei îi incumbă şi autorităţii contractante atunci când înţelege să-şi susţină argumentele în raport de documente care nu au fost publicate în SEAP.

- Nicio probă a imposibilităţii financiare a ARF de a stabili plata eşalonată a preţului nu a fost furnizată, achizitoarea susţinând că nu poate accepta propunerea ... SA de eşalonare a preţului pentru că *„această solicitare constituie un dezechilibru major pentru instituţia noastră”*, însă echilibrul contractual trebuie respectat între ambele părţi implicate în derularea contractului. Nicio prevedere legală nu susţine teza autorităţii contractante în sensul că *„asigurarea ori după caz finanţarea fluxului de numerar necesar implementării proiectului (proiectare, pregătire producţie, fabricare locomotive, livrare, etc.) sunt responsabilitatea fiecărui ofertant/operator economic în parte”*.

Succint, concluzionează că, pentru asigurarea echilibrului contractual, a coerenţei şi proporţionalităţii prestaţiilor în derularea Contractului, se impune, aşadar, plata eşalonată a preţului produselor achiziţionate de către achizitoare prin raportare la momente cheie, anterioare livrării şi recepţionării locomotivelor.

În continuare, contestatoarea reafirmă faptul că entitatea contractantă nu a adoptat măsurile de remediere impuse prin Decizia Curţii de Apel Bucureşti nr. 164/25.01.2023, considerând că preţinsele argumente invocate prin punctul de vedere denotă, de fapt, o neînţelegere şi/sau ignorare a măsurilor necesar a fi fost adoptate.

În replică, contestatoarea aduce următoarele contraargumente:

1. Pretinsul *„mod de eşalonare a plăţilor”* propus de către achizitoare vizează, de fapt, aceleaşi cerinţe, astfel cum deja au fost stabilite, încă de la momentul publicării documentaţiei de atribuire, fără să se fi modificat, în realitate, nimic.

Prin urmare, constată nerespectarea principiului proporționalității, transparenței și echilibrului contractual, reiterând argumentele din contestație cu privire la modificarea pur formală a cerințelor.

Totodată, contestatoare reiterează critica privind nerespectarea considerentelor Deciziei Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 privind criteriile obiective.

Completarea cerințelor documentației de atribuire prin inserarea unor plăți eşalonate având indicat cuantumul și termenul rezultate din analiza criteriilor obiective tranșate prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023 este singurul demers apt să asigure resursele financiare destinate obiectului contractului și respectării principiului proporționalității și echilibrul contractual, susține autoarea contestației.

2. Avansul nu este acordat în raport de valoarea contractului (care include și mentenanța celor 16 locomotive), ci doar în raport de valoarea produselor, fiind aşadar mult mai mic decât ceea ce pretinde achizitoarea că a stabilit.

Contrar poziției achizitoarei din punctul de vedere, prin care se susține că avansul de 15% din valoarea contractului de achiziție publică ar fi îndestulător, în Clarificarea din oficiu contestată este menționat explicit faptul că: *„prima plată se acordă în avans, (...), în cuantum de 15% din valoarea prețului de achiziție a produselor (...)"*, aşadar, avansul fiind acordat în raport de valoarea produselor, nicidecum de întreaga valoare a contractului.

C. Critica privind sarcina pe osie a rămas fără obiect, susține și contestatoarea, urmare a adoptării măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, prin publicarea Clarificării din oficiu la data de 27.02.2023.

Prin adresa cu nr. 2017/10.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 12751/10.03.2023, în contextul punctelor de vedere transmise și referitor la notele scrise formulate de către contestatoarea ... SA, autoritatea contractantă învederează următoarele:

Prin Clarificările formulate, cât și prin Rapoartele de remediere, achizitoarea a pus în aplicare prevederile Deciziei Civile nr. 164 pronunțată de către Curtea de Apel București la data de 25.01.2023, contrar celor afirmate de către contestatoare.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că modul de eşalonare prezentat în Clarificările din oficiu nr. 1152 din 13.02.2023 respectă principiul proporționalității, transparenței și echilibrului contractual, contrar celor afirmate de contestatoare.

Autoritatea contractantă precizează că a răspuns, prin clarificările și rapoartele de remediere întocmite, la toate solicitările/întrebările care au apărut pe timpul derulării procedurii pentru toți cei implicați, deci a fost respectat principiul transparenței având în vedere faptul că *„prin transparență se înțelege aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire"*, conform

prevederilor din manualul operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică publicat de „Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Modernizarea Achizițiilor Publice”.

Autoritatea precizează că transparența constituie un veritabil instrument de control, o garanție a utilizării eficiente și legale a resurselor financiare ale autorității contractante, reprezentând o condiție esențială pentru integritate și prevenirea corupției în domeniul achizițiilor publice.

Referitor la criticile contestatoarei privind modul de eşalonare a plăților prezentat în clarificările din oficiu nr. 1152 din 13.02.2023, lit. c), autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

a) prima plată, reprezentând avansul de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor, la care se adaugă TVA, în condițiile legii, se acordă furnizorului, la cererea acestuia, imediat după semnarea contractului, avansul în cauză fiind acordat furnizorului în vederea demarării și implementării proiectului privind obiectul achiziției.

Achizitoarea reiterează că procentul acestui avans a fost stabilit în urma studiului de fezabilitate elaborat de către experții Băncii Europene de Investiții - Acord de servicii de suport consultativ pentru proiecte (BEI - PASSA), în baza unui Acord de servicii de asistență tehnică pentru proiecte - PASSA nr. 611/12.03.2020, încheiat între ... și Ministerul Fondurilor Europene (MFE).

Experții Băncii Europene de Investiții-PASSA, prin studiul de fezabilitate realizat a acordat asistență tehnică pentru modernizarea parcului de material rulant, respectiv achiziția materialului rulant pentru pasageri, distribuit pe baza contractelor de servicii publice atribuite în mod competitiv și operate pe linii dedicate în rețeaua feroviară din România.

Scopul studiului de fezabilitate a fost acela de a oferi asistență tehnică AUTORITĂȚII PENTRU REFORMA FEROVIARĂ în ceea ce privește pregătirea documentației necesare pentru aplicarea finanțării pentru achiziționarea majoră a materialului rulant de călători.

Studiul de fezabilitate a stat la baza strategiei de achiziție subliniind necesitățile de material rulant din România, deci nu se impune ca acest studiu să fi trebuit a fi adus la cunoștința ofertanților sau să fi fost publicat în SEAP așa cum susține contestatoarea, acest document nu face parte din documentația de atribuire a prezentei proceduri, susține achizitoarea.

b) a doua plată este condiționată de livrarea produselor furnizate (locomotive), respectiv de livrarea primei locomotive ce se va realiza în termen de 18 luni de la semnarea contractului, deci a doua plată se va încasa de către furnizor în termen de minim 18 luni - maxim 20 de luni de la semnarea contractului, ci nu în 20-26 de luni așa cum afirmă contestatoarea, ținând cont de faptul că plățile se fac în termen de

maxim 60 de zile de la primirea facturii și a documentelor justificative conexe.

c) a treia plată va fi încasată de către furnizor în termen de minim 22 de luni - maxim 24 de luni de la semnarea contractului, având în vedere atât cadența de livrare de 4 locomotive/lună cât și termenul maxim de plată al facturii mai sus menționat.

Autoritatea contractantă precizează că plățile ulterioare aferente produselor livrate vor fi efectuate periodic deoarece facturile vor fi emise și transmise lunar până la livrarea ultimei locomotive, acestea fiind realizate în funcție de livrarea și recepționarea locomotivelor.

Referitor la afirmația contestatoarei privind faptul că, cuantumul sau procentul plăților ulterioare acordării avansului de 15% (a doua plată, a treia plată, etc.) nu au fost stabilite în mod clar și explicit, achizitoarea precizează faptul că acestea nu pot fi stabilite, până la declararea ofertei câștigătoare, deoarece cuantumul sau procentul plăților se stabilește în funcție atât de programul și cadența de livrare (2, 3, 4 sau mai multe locomotive), cât și de valoarea ofertată de operatorul economic declarat câștigător.

Referitor la afirmația privind faptul că „...., ARF doar a reluat, prin Clarificarea din oficiu, și a încercat să modifice, pur formal, cerințele documentației de atribuire exclusiv prin reiterarea celor față de care s-a dispus adoptarea unor măsuri pe care, însă, nu le-a adoptat”, achizitoarea precizează faptul că cele prevăzute în Clarificarea din oficiu nr.1152 din 13.02.2023, lit. c) nu sunt pur formale deoarece acestea se vor regăsi atât în contract cât și în documentația de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 55 din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă opinează că ... SA nu este obligată să depună ofertă la prezenta procedură de achiziție dacă nu agreează condițiile de participare actualizate și completate prin clarificările din oficiu și prin rapoartele de remediere întocmite.

Achizitoarea consideră că, prin modul de eșalonare prezentat la lit. c) din clarificări, plățile produselor livrate pe parcursul derulării contractului sunt realizate constant, în intervale de timp rezonabile, contrar celor susținute de către contestatoare prin contestația formulată, precum și prin notele scrise.

Având în vedere faptul că livrarea locomotivelor se realizează eșalonat, iar plata acestora se efectuează tot eșalonat, autoritatea contractantă consideră că este respectat atât principiul echilibrului contractual, cât și principiul proporționalității, contrar celor susținute de către contestatoare.

Prin adresa nr. 1037/14.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 13359/14.03.2023, ... SA a transmis alte *note scrise* prin care rezumă argumentele relevante din cadrul documentelor deja depuse și răspund concluziilor scrise formulate de către AUTORITĂȚII PENTRU REFORMA FEROVIARĂ.

Astfel, sintetizând:

a) Autoritatea contractantă nu a adoptat măsurile expres impuse în sarcina sa, prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023. Concret, achizitoarea nu a procedat la continuarea Procedurii de atribuire prin *„refacerea documentația de atribuire în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității”*

b) Singura măsură posibil a fi adoptată pentru restabilirea echilibrului contractual vizează refacerea documentației de atribuire prin eşalonarea plății prețului locomotivelor ce urmează a fi furnizate.

c) Susținerile achizitoarei se bazează pe documente și informații pe care, din proprie inițiativă, decide să nu le furnizeze participanților, conduită ce demonstrează dincolo de orice dubiu încălcarea principiului transparenței.

Astfel, singura măsură posibil a fi adoptată pentru respectarea principiilor proporționalității, transparenței și echilibrului contractual este eşalonarea plăților produselor, doar așa putându-se asigura resursele financiare destinate realizării complete, corecte și corespunzătoare a obiectului contractului, consideră contestatoarea.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *„Achiziția de 16 locomotive electrice noi pe 4 osii cu sisteme ERTMS, capabile să circule cu o viteză maximă situată în intervalul 160 km/h-200 km/h și să tracteze până la 16 vagoane de călători, destinate transportului feroviar de călători și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații, necesare funcționării în condiții optime de siguranță și confort a respectivelor locomotive”*, cod CPV 34620000-9 – Material rulant (Rev.2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr. CN1048061/09.10.2022.

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

Documentația de atribuire aferentă anunțului mai sus menționat a fost contestată într-un prim ciclu procesual de către ... SA, Consiliul dispunând prin Decizia nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022 următoarele:

„Admite, în parte, contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 51482/20.10.2022, formulată de către SC ... SA, cu sediul în (...), în

contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în (...), numai în ceea ce privește critica aferentă clauzei contractuale privind modalitatea de plată. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu modificarea clauzei contractuale respective, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de eșalonare a plăților, conform motivării aferente și cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, anterior citat, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei. Respinge, ca nemotivată, cererea de modificare a cerinței de la pct. IV.2.4. Limbile în care pot fi depuse ofertele din fișa de date a achiziției. Respinge celelalte solicitări, inclusiv cea de anulare a procedurii, ca nefondate. Obligatorie. (...)"

Împotriva Deciziei CNSC nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022, ... a formulat plângere soluționată prin Decizia nr. 164 din 25.01.2023 de către Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, care a dispus: „(...) Admite plângerea formulată de către petenta ... (...), împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022, în contradictoriu cu intimata SA ... SA (...). modifică în parte decizia CNSC, iar în rejudecarea contestației:

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin refacerea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/ detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității, conform considerentelor prezentei decizii. Menține în rest decizia CNSC. Definitivă.(...)."

Ca urmare a celor dispuse prin Decizia Curții de Apel București nr. 164/25.01.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 14.02.2023, clarificarea din oficiu nr. 1152 din 13.02.2023, refăcând documentația de atribuire prin completarea modului de efectuare a plăților eșalonate (litera c), iar, în data de 24.02.2023, a publicat clarificarea din oficiu nr. 1631/24.02.2023 prin care a modificat punctul 2.1. - **CONCEPTUL DE DESIGN ȘI CONDIȚIILE MINIME DE PROIECTARE** din Caietul de sarcini, optând pentru sarcină maximă pe osie de 22,5 tone, conform normativelor în vigoare, în loc de 21,5 tone.

Împotriva clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023 și a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări cu nr. 1429/17.02.2023, ... SA a formulat prezenta contestație, solicitând cele evocate în partea introductivă.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... SA a transmis recipisa de consemnare cu nr. 208925949/1 din 27.02.2023, eliberată de CEC Bank, sucursala Victoria, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 220.000,00 RON, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 459/2023.

Astfel, Consiliul constată că societatea ... SA a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

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

Din analiza contestației, Consiliul reține că, urmare a analizării clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023 și a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023 asupra documentației de atribuire, societatea ... SA a solicitat anularea acestora și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea considerentelor Deciziei nr. 164 din data 25.01.2023, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității.

În soluționarea cauzei, Consiliul va avea în vedere Decizia Curții de Apel București nr. nr. 164 din 25.01.2023, al cărei dispozitiv coincide cu cel menționat în Decizia CNSC nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022, respectiv:

- Decizia Curții de Apel București nr. 164 din 25.01.2023:

„(...) Admite plângerea formulată de către petenta ... (...), împotriva Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022, în contradictoriu cu intimata SA ... SA (...). Modifică în parte decizia CNSC, iar în rejudecarea contestației:

Admite în parte, contestația în ceea privește critica vizând modalitatea de plată.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin refacerea documentației de atribuire în sensul prezentării clare/ detaliate a modului de efectuare a plăților, cu respectarea principiului proporționalității, conform considerentelor prezentei decizii. Menține în rest decizia CNSC. Definitivă.(...)”,

respectiv:

- Decizia CNSC nr. 2302/C6/2541 din 03.11.2022:

„Admite, în parte, (...), formulată de către SC ... SA, cu sediul în (...), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în (...), numai în ceea ce privește critica aferentă clauzei contractuale privind modalitatea de plată. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu modificarea clauzei contractuale respective, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de eșalonare a plăților, conform motivării aferente (...). Respinge, ca nemotivată, cererea de modificare a cerinței de la pct. IV.2.4.(...). Respinge celelalte solicitări, inclusiv cea de anulare a procedurii, ca nefondate. (...)”.

Ulterior deciziei instanței, autoritatea contractantă a emis clarificarea din oficiu nr. 1152/13.02.2023, în conținutul căreia a consemnat: *„(...) a luat act de măsurile de remediere impuse prin decizia civilă CASB nr. 164/25.01.2023 și (...) publică un anunț de tip clarificare din oficiu prin care modifică următoarele date ale anunțului original: (...)”.*

Din analiza clarificării de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a efectuat modificări asupra clauzei contractuale 6.3 – *Plăți*, doar în ceea ce privește punctul c), astfel:

- „în loc de: (c) „Autoritatea contractantă are obligația de a efectua plata către Furnizor în termen de 60(șaizeci) zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise.

A se citi: (c) Autoritatea contractantă are obligația de a efectua plata către Furnizor într-un termen ce nu poate fi mai mare de 60 (șaizeci) zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise, conform prevederilor legale în vigoare.

Având în vedere cerințele caietului de sarcini cu privire la termenul de livrare și cadența de livrare, rezultă următoarele:

- prima plată se acordă în avans, cu respectarea prevederilor Legii nr. 500/2002 și a H.G. nr. 264/2003, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 15% din valoarea prețului de achiziție al produselor și se atribuie Furnizorului la solicitarea acesteia. Termenul de plată al facturii fiind de maxim 60 (șaizeci) zile de la data înregistrării la sediul Autorității Contractante a facturii emise;

- a doua plată este condiționată de livrarea produselor furnizate (locomotive), respectiv de livrarea primei locomotive ce se va realiza în termen de 18 -24 luni de la semnarea contractului; rezultând faptul că a doua plată se va încasa de către furnizor în termen de minim 18 luni - maxim 20 de luni de la semnarea contractului, termen rezultat în situația livrării primei locomotive în 18 luni și ținând cont de faptul că plățile se fac în termen de maxim 60 de zile de la primirea facturii și a documentelor justificative conexe;

- a treia plata va fi încasată de către furnizor în termen de minim 22 de luni - maxim 24 de luni de la semnarea contractului, având în vedere atât cadența de livrare de 4 locomotive/lună cât și termenul maxim de plată al facturii anterior menționat;

- plățile ulterioare vor fi efectuate periodic deoarece facturile vor fi emise și transmise lunar până la livrarea ultimei locomotive.”

În conținutul Deciziei definitive nr. 164 din 25.01.2023, Curtea de Apel București a precizat:

«CNSC a reținut prin decizia atacată în prezenta cauză, că se impune a fi obligată autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu modificarea clauzei contractuale respective, în sensul prezentării clare/detaliată a modului de eşalonare a plăților, conform motivării aferente și cu respectarea dispozițiilor art. 55 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, anterior citat, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

În considerentele deciziei atacate cu prezenta plângere, CNSC a apreciat, în interpretarea și aplicarea prevederilor art. 20 alin. 4) din Legea nr. 101/2016, art. 20 alin. 2 din HG nr.395/2016 și art. 2 alin. 1 lit. d) și lit. e) din Legea nr. 101/2016, că principiul proporționalității și

transparenței, precum și jurisprudența C.J.U.E. (C-157/96), impun 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, însă 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”).

Astfel, a apreciat CNSC că 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” (C-472/20).

Raportat la aceste considerente, Curtea constată că în mod nelegal CNSC a reținut că nerespectarea obligației autorității de a formula, în considerarea prevederilor art. 18 alin.1-alin. 3 din Legea nr.101/2016 punct de vedere asupra contestației, coroborat cu prevederile art. 20 alin. 2 din HG nr.395/2016 (dispoziții potrivit cărora 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.) conduce la nelegalitatea clauzelor privind modalitatea de plată a prețului prin prisma încălcării principiilor menționate, inclusiv acela al echilibrului contractual, fără însă a se raporta la repere concrete din cuprinsul documentației de atribuire și fără a se verifica legalitatea clauzei prin raportare la anumite repere legislative concrete care ar fi determinat calificarea acestor clauze ca fiind abuzive sau disproportionale.

Din această perspectivă, deși potrivit dispozițiilor normativelor enunțate, curtea constată că revine autorității contractante obligația de a elabora documentația de atribuire, inclusiv caietul de sarcini și modelul de contract prin stabilirea clară a modalității de plată a prețului, se constată că aceste dispoziții normative nu puteau determina în mod automat concluzia obligației de a se modifica clauza privind modalitatea de plată a prețului aferent contractului de achiziție în modalitatea de eşalonare cu caracter general, fără raportare la aplicare în concret a dispozițiilor normative aplicabile sub aspectul regimului juridic al contractelor de achiziție publică.

Astfel, curtea constată că prin contestația dedusă judecății, intimata a susținut în esență că echilibrul contractual ar fi grav afectat prin acceptarea clauzelor menționate, în sensul că eventualul câștigător al procedurii de achiziție publică ar fi nevoit să suporte, până la data emiterii primelor facturi aferente livrării produselor preconizate a fi achiziționate, pentru o perioadă apreciată disproporționată față de nevoile autorității contractante și posibilitățile contractantului de a suporta în exclusivitate, până la momentul indicat, riscul susținerii efortului financiar aferent proiectării, producerii și livrării locomotivelor electrice, în contextul mecanismului contractual descris anterior.

Raportat la aceste susțineri, reținerea încălcării echilibrului contractual prin raportare la neîndeplinirea obligației autorității contractante de a justifica în mod clar și transparent considerentele pentru care o astfel de configurație a mecanismului contractual propus pentru plata prețului corespunde propriilor nevoi și ar fi justificată în raport de exigențele legale referitoare la valoarea contractului, încalcă inclusiv scopul prevederilor Legii nr. 101/2016, acela de a permite ofertanților de a contesta actele administrative ale autorităților contractante referitoare la modul de întocmire a documentației de atribuire sub aspectul prezentării motivelor concrete pentru care se impune o astfel de modalitate de plată a prețului contractual.

Curtea constată că revenea în primul rând autorității contractante prerogativa și, totodată, obligația de a întocmi documentația de atribuire inclusiv cu respectarea principiului transparenței, respectiv de a justifica în concret, prin raportare la criterii obiective, verificabile, modalitatea de stabilire a plății prețului în această configurație, inclusiv prin raportare la obiectul contractului, la valoarea acestuia, la exigențele financiare de asigurare a surselor de finanțare și la nevoile concrete ale autorității contractante, astfel încât echilibrul contractual invocat de conte statoare, intimată în prezenta cauză, să fie stabilit prin raportare la specificul contractului de achiziție publică, respectiv față de regimul juridic al acestuia prin raportare la natura juridică de contract administrativ, încheiat în vederea satisfacerii unui serviciu public, acela al transportului feroviar.

Astfel, deși nu poate fi prezumată nevoia autorității contractante raportat la modul de plată a prețului prin amânarea momentului achitării substanțiale a unei alte părți din prețul aferent produselor care urmează a fi proiectate, produse și livrate, totuși această configurație a plății prețului, conform documentației atacate în prezenta cauză, trebuie să fie justificată în mod obiectiv, în mod transparent, pentru a oferi tuturor ofertanților, în mod egal, criterii pe baza cărora își pot constitui oferta, inclusiv din perspectiva asigurării resurselor financiare destinate realizării obiectului contractului, însă prin raportare la nevoile concrete ale autorității, iar nu prin stabilirea unor astfel de clauze care, potrivit

criteriilor enunțate anterior, ar contraveni în mod evident principiului proporționalității astfel cum acesta a fost impus în jurisprudența CJUE.

Totodată, Curtea reține că, deși a reținut că se impune modificarea acestei clauze, autoritatea administrativă jurisdicțională nu a stabilit criterii obiective pe care autoritatea contractantă să le aibă în vedere în scopul stabilirii unei modalități de plată a prețului în mod eșalonat, impunând totodată autorității contractante o obligație strict formală, cu caracter general, de a modifica în parte documentația de atribuire, care, însă nu asigură o reală dezlegare a litigiului în scopul finalizării procedurii de achiziție publică.

Astfel, contestatoarea a invocat, cu titlu de exemplu o modalitate de eșalonare pentru a se recunoaște aplicarea principiului echilibrului contractual, totuși CNSC nu a procedat la analiza concretă a acestor susțineri, dând însă eficiență argumentelor invocate în contestație, stabilind obligația autorității contractante de a modifica modalitatea de plată a prețului prin eșalonarea acestuia, fără a se raporta la încălcarea unor dispoziții normative care reglementează regimul clauzelor aplicabile în raporturile contractuale dintre profesioniști și autoritățile contractante.

În acest context, coroborând aceste considerente, Curtea constată că soluția admiterii contestației în sensul obligării autorității contractante de a modifica documentația de atribuire nu corespunde principiului legalității, fiind încălcat scopul legislației achizițiilor publice, acela de a asigura autorităților contractante achiziționarea unor produse prin raportare la propriile nevoi concrete, dar și la posibilitatea de a suporta în concret costurile acestor achiziții, urmând a fi stabilită obligația autorității de a întocmi documentația de atribuire, raportat la modalitatea de plată a prețului, prin raportare la justificarea obiectivă delimitată conform celor menționate anterior, astfel încât să fie asigurat principiul proporționalității între scopul urmărit prin instituirea unei anumite modalități de plată a prețului și mijloacele la care poate recurge în vederea atingerii acestui scop, inclusiv prin evitarea riscului afectării, în substanța acestora, a principiilor liberei concurențe și al egalității de tratament între potențialii ofertanți.

Prin urmare, invocarea unor justificări în vederea susținerii modalității de plată a prețului în configurația propusă prin documentația de atribuire, ulterior întocmirii acesteia, prin actele procesuale întocmite în prezenta cauză, nu corespunde principiului legalității actelor administrative în general, respectiv al documentației de atribuire în special, astfel încât impunerea în sarcina eventualilor ofertanți a acestei modalități de plată a prețului trebuie să fie delimitată numai de justificările obiective în absența cărora desfășurarea și finalizarea procedurii, inclusiv prin executarea contractului, acest deziderat neputându-se realiza însă prin încălcarea unor prevederi normative și a posibilităților financiare ale autorității contractante, aplicabile în egală măsură raporturile contractuale cu orice potențial ofertant.

În același timp, invocarea printipiilor rezultate din jurisprudența CJUE, reținută în decizia atacată, nu poate fi realizată formal, fără a fi raportată în concret la specificul prezentului litigiu, delimitat de atribuirea unui contract de achiziție publică de o autoritate contractantă către o persoană juridică, un profesionist, iar nu către o persoană fizică, nefiind permisă depășirea a ceea ce este strict necesar pentru atingerea scopurilor obiective urmărite în concret de autoritatea contractantă.”

Analizând cele stabilite de Curtea de Apel București, raportat la cele efectuate de către autoritatea contractantă, precum și la principiul asumării răspunderii, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, Consiliul apreciază că ... s-a conformat acestora, astfel că va respinge ca neîntemeiată afirmația contestatoarei potrivit căreia *„măsurile impuse prin Decizia CAB nu au fost adoptate de către ARF”*, implicit, va respinge ca nefondată solicitarea de anulare a clarificării din oficiu nr. 1152/13.02.2023, instanța impunând *„obligația autorității de a întocmi documentația de atribuire, raportat la modalitatea de plată a prețului”*.

Următorul document criticat de către societatea contestatoare vizează răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023, în ceea ce privește *„sarcina pe osie”*, a cărui anulare o cere.

Întrucât în adresa nr. 1028/07.03.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 11685/07.03.2023 - Note scrise, ... SA a precizat: *„Critica privind sarcina pe osie a rămas fără obiect urmare a adoptării măsurilor de remediere de către ARF”*, Consiliul va respinge acest capăt de cerere în consecință.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept prezentate anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge contestația formulată de către societatea ... SA, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritatea contractantă, astfel:

- ca rămas fără obiect capătul de cerere privind anularea răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023;
- ca nefondate celelalte capete de cerere.

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:

Respinge contestația formulată de către societatea ... SA, cu sediul în municipiul ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul ..., astfel:

- ca rămas fără obiect capătul de cerere privind anularea răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 1429/17.02.2023;
- ca nefondate celelalte capete de cerere.

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,
Silviu-Cristian
POPA

Membru,
Tache
ZORILĂ

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 31 (treizecișunu) pagini