

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2126/ C9 / 2269, 2285, 2286

Data: 11.10.2022

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent și nedată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46053/16.09.2022, formulată de către SA, cu sediul în împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022, aferent procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului având ca obiect „Achiziționarea de rame electrice regionale, denumite RE-R, și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, cod CPV 34620000-9 Material rulant (Rev.2), de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, s-a solicitat obligarea autorității contractante la eliminarea contradicțiilor din răspunsurile la solicitările de clarificări aferente loturilor 1, 2 și 3, suspendarea procedurii pentru loturile 1, 2 și 3 până la soluționarea contestației, obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3 după pronunțarea Deciziei Consiliului în cadrul acestui dosar/după adoptarea unor măsuri de remediere de către autoritatea contractantă, astfel încât să permită operatorilor economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea ofertelor în temeiul art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Prin contestația nr. 2560/19.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 46438/19.09.2022, formulată de către SRL, cu sediul în, unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură, persoanele împuternicite cu primirea corespondenței fiind, împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022 aferent aceleiași proceduri de licitație deschisă organizată de, în calitate de autoritate contractantă, a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016;
- anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificare publicate de ARF la întrebările următoare:

Secțiunea A:

a) întrebarea 1 (partea referitoare la factorul Program de livrare, pag. 1-2 din răspunsul consolidat);

b) întrebarea 6 pct. b (pag. 3-5 din răspunsul consolidat);

c) întrebarea 8 (pag. 5 din răspunsul consolidat);

Secțiunea C:

d) întrebarea 2 (pagina 16 din răspunsul consolidat);

Secțiunea F:

e) întrebarea 2 (pag. 23 - 24 din răspunsul consolidat);

f) întrebarea 10 (pag. 27 - 29 din răspunsul consolidat);

g) întrebarea 13 (pag. 30 - 31 din răspunsul consolidat);

Secțiunea G:

h) întrebarea 4 (pag. 34 din răspunsul consolidat);

i) întrebarea 10 (pag. 37 din răspunsul consolidat);

Secțiunea O:

j) întrebarea 1 (pag. 60 din răspunsul consolidat);

Secțiunea P:

k) întrebarea 4 (pag. 62 din răspunsul consolidat); l) întrebarea 5 (pag. 63 din Răspunsul consolidat); m) întrebarea 6 (pag. 63 din Răspunsul consolidat); n) întrebarea 7 (pag. 63 din Răspunsul consolidat);

Secțiunea X:

o) întrebarea 2 (pag. 74 din răspunsul consolidat).

- dispunerea luării măsurilor de remediere necesare în vederea restabilirii legalității procedurii prin obligarea autorității la modificarea și/sau completarea răspunsurilor de clarificare în sensul celor arătate prin contestație;

- studierea dosarului achiziției;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de contestație conform dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016.

Prin contestația nr. 761/19.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 46454/19.09.2022, formulată de către SA, cu sediul în, reprezentată legal prin dl., în calitate de împuternicit, și, convențional, prin avocat unde solicită și comunicarea tuturor actelor procedurale, împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022 aferent aceleiași proceduri de licitație deschisă organizată de, în calitate de autoritate contractantă, a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a contestației, fiind îndeplinite condițiile reglementate de art. 22 din Legea nr. 101/2016;

- anularea parțială a răspunsului consolidat la clarificări nr. 22/470/06.09.2022 emis de către autoritatea contractantă în partea care vizează modalitatea de calcul a sarcinii maxime pe osie, precum și valoarea maximă a acesteia (pct. 1 pag. 19 a Răspunsului consolidat); și numărul maxim de uși (pct. 1 pag. 60 a Răspunsului consolidat);

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și recunoașterea valorii în euro pentru respectarea tratamentului egal între ofertanți;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 98/2016.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2269/2022, 2285/2022 și 2286/2022 au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

Cererile de suspendare a procedurii au fost respinse, ca nefondate, prin Încheierea nr. 2432/C9/2269,2285,2286/21.09.2022.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent să soluționeze contestațiile formulate de SA, ...SRL și SA, formulate în cadrul contestațiilor înregistrate la Consiliu cu nr. 46053/16.09.2022, 46438/19.09.2022 și 46454/19.09.2022.

..... SA aduce critici răspunsurilor contradictorii date de autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022, publicat în SEAP.

Contestatoarea susține că cerința privind motorul electric de tracțiune, clarificată prin răspunsul anterior menționat este contradictorie și se impune a fi modificată în sensul eliminării contradicțiilor și confirmării neechivoce a faptului că autoritatea contractantă acceptă motoare electrice de tracțiune parțial suspendate.

Redând specificațiile tehnice din caietul de sarcini, unde s-a solicitat, cu privire la toate loturile 1, 2 și 3, furnizarea unor rame electrice (RE-R) având motor electric de tracțiune complet suspendat pe rama de boghiu, respectiv punctul 3.1.5, subpunctul 3, pagina 39 din caietul de sarcini, și punctul 3.3, subpunctul 5, pagina 42 din caietul de sarcini, susține că, urmare a acestor cerințe, operatorii economici au solicitat autorității contractante pe calea solicitărilor de clarificări, permiterea utilizării unei soluții echivalente, și anume soluția unui motor de tracțiune cu suspensie parțială.

Față de aceste solicitări de clarificări, prin răspunsul din 06.09.2022, autoritatea contractantă a răspuns în mod contradictoriu, menționând:

(i) pe de o parte, că menține cerința caietului de sarcini, aceasta nefiind restrictivă, argumentând faptul că soluția tehnică solicitată este implementată pe scară largă în sistemul feroviar, iar

(ii) pe de altă parte, că acordă posibilitatea utilizării oricăreia din cele două soluții, motor electric suspendat sau suspendat parțial.

Prin Răspunsul din 06.09.2022 se arată, pe de o parte, la pagina 24, că menține cerința existentă în caietul de sarcini. Prin urmare, autoritatea contractantă nu acceptă propunerea de utilizare a motorului cu suspensie parțială/parțial suspendat (termenii fiind echivalenți), însă, pe de altă parte, prin același răspuns din 06.09.2022, la pagina 38, se menționează că acordă posibilitatea utilizării oricăreia din cele două soluții (prin urmare, acceptă propunerea de utilizare alternativă a motorului cu suspensie parțială/parțial suspendat (termenii folosiți fiind echivalenți)).

Contestatoarea consideră că se impune obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3 ale procedurii după pronunțarea Deciziei Consiliului, în cadrul acestui dosar, astfel încât să permită operatorilor economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea ofertelor, invocând art. 153 alin. (1) și (2) din Legea 98/2016, întrucât perioada rămasă până la data limită de primire a ofertelor, 26.09.2022, este foarte scurtă raportat la amploarea procedurii, astfel încât este puțin probabilă soluționarea definitivă a contestației într-un termen care să permită ulterior un termen rezonabil ofertanților pentru pregătirea și depunerea ofertelor de către operatorii economici care în prezent nu îndeplinesc cerințele restrictive contestate din caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 22/512/19.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 46458/19.09.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, invocând excepția lipsei obiectului contestației, întrucât a adoptat măsuri de remediere.

Astfel, susține că a luat act de observațiile formulate de contestator cu privire la necorelarea răspunsului de la pct. F.3 (pag.24) cu răspunsul de la pct. H.1 (pag.38), ce au făcut obiectul răspunsului consolidat nr. 2/470/06.09.2022 și a decis adoptarea următoarei măsuri de remediere: a fost întocmită clarificarea din oficiu nr. 22/506/ 16.09.2022 la Răspunsul consolidat nr. 22/470/06.09.2022.

Clarificarea din Oficiu nr. 22/506/16.09.2022 modifică răspunsul consolidat în sensul preluării la pct. F.3 (pag.24) a răspunsului formulat de autoritatea contractantă la pct.H.1 (pag.38).

Clarificarea din Oficiu a fost încărcată în SEAP în data de 16.09.2022, ora 16:10, aceasta fiind transmisă pentru validare către ANAP, urmând ca după emiterea avizului conform (necondiționat) din partea ANAP să fie publicată pe platforma SEAP.

Cu privire la prelungirea termenului de depunere a ofertelor precizează că a extins perioada de depunere a ofertelor, prin eratele pe care le enumeră.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 46679/20.09.2022, contestatoarea depune note scrise, prin care solicită admiterea

conestației, astfel cum a fost formulată în ceea ce privește capătul de cerere referitor la suspendarea procedurii de atribuire având CN1042687/15.05.2022, lot 1, 2 și 3 și capătul de cerere privind prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor.

Susține că, până la momentul în care măsurile de remediere vor fi publicate în SEAP, operatorii economici nu vor putea finaliza oferta, deși termenul până la depunerea ofertelor va fi unul extrem de redus (maxim 6 zile, termenul actual fiind 26.09.2022).

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 46438/19.09.2022, ...SRL a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, considerând că, deși solicitările sale de clarificare au fost explicite și clare și au fost transmise în luna mai 2022, autoritatea contractantă, prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022, a răspuns în mod superficial, în unele cazuri chiar modificând elemente fundamentale ale obiectului achiziției cu implicații la nivelul factorilor de evaluare și a modului în care este aplicat criteriul de atribuire.

Autoritatea nu doar a ales să publice răspunsurile de clarificare foarte târziu, dar a avut grijă și să nu prelungească termenul de depunere a ofertelor cu prea mult timp, astfel încât operatorii să nu mai aibă posibilitatea efectivă de a solicita clarificări suplimentare.

În data de 07.09.2022, ARF a publicat o amânare a termenului de depunere de la 15.09.2022 la 21.09.2022 (doar 6 zile), apoi în data de 15.09.2022 a publicat extinderea termenului de depunere la data de 26.09.2022.

Față de volumul mare de întrebări la care s-a răspuns și complexitatea obiectului achiziției și a condițiilor de licitație, sub nicio formă, prelungirea datei de depunere a ofertelor cu doar 12 zile nu este conformă cu prevederile art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la clarificarea programului de livrare în cazul ofertantului căruia îi sunt atribuite mai multe loturi, contestatoarea precizează că a cerut lămurirea posibilității de depășire a perioadelor maxime de livrare a întregii cantități. Clarificarea contestată reprezintă exclusiv un răspuns la o astfel de întrebare, dar care nu a fost adresată.

Susține că a cerut clarificarea modului de înțelegere a tabelului de la pct. b) din cadrul Anexei 7 a caietului de sarcini din care rezultă că pentru situația atribuirii mai multor loturi aceluiași ofertant este prevăzut un ritm și un program de livrare cu termene speciale (aplicabile în mod excepțional, chiar dacă raportat la fiecare lot ofertantul și-a asumat cel puțin termenele maxime de livrare, respectiv de 24 luni pentru prima unitate și 37 luni pentru întreaga cantitate).

A solicitat lămurirea și confirmarea faptului că ofertantului cu mai multe loturi atribuite nu îi vor fi aplicate penalități de întârziere dacă, pe vreunul dintre loturi se depășește termenul maxim de livrare a cantității întregi asumat prin ofertă, dar se încadrează în aceste termene maxime prevăzute în acest tabel.

Însă autoritatea contractantă nu a răspuns și nu a lămurit această neclaritate.

Cu privire la clarificarea cuantumului penalităților și înlăturarea unor contradicții între documentele licitației sub acest aspect secțiunea a, paginile 3-5 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 6, pct. b), contestatoarea precizează că răspunsul extrem de succint al autorității este confuz, lasă loc de interpretări și nu clarifică întrebarea operatorului economic.

În egală măsură, era de datoria autorității să înlătore în mod explicit contradicțiile existente la nivelul contractului și discrepanțele între acesta și fișa de date.

Răspunsul ARF nu respectă obligațiile impuse autorității prin art. 160 din Legea 08/2016.

Cu privire la clarificarea sintagmei de „prejudicii suplimentare” din conținutul clauzei 3.3.1 în condițiile în care aceste „prejudicii suplimentare” pot bloca remediul furnizorului de a diminua/sista livrările în cazul culpei contractuale a autorității contractante, Secțiunea A, pagina 5 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 8, contestatoarea susține că, prin răspunsul oferit, autoritatea contractantă nu asigură o informare în acord cu prevederile legale asupra obiectului contractului.

Dimpotrivă, publică un răspuns evaziv care contrazice clauza contractuală asupra căreia s-a solicitat să se intervină cu o clarificare.

Răspunsul oferit, cum că prejudiciile vor fi stabilite de părți, nu asigură o informare corespunzătoare operatorului astfel încât acesta să cunoască modul de aplicare a clauzei pe care și-o asumă și costurile financiare pe care să le ia în considerare în fundamentarea ofertei.

Cu privire la clarificarea ca cerință unică a necesității deținerii autorizației pentru introducerea în piață emisă în baza regulamentului (UE) 2018/545 secțiunea C, pagina 16 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 2, contestatoarea precizează că răspunsul oferit este nelegal, în condițiile în care nu s-a răspuns la întrebarea transmisă și nu s-au eliminat cerințele de respectare STI neaplicabile (care, printre altele, provoacă contradicții cu alte cerințe explicit impuse prin caietul de sarcini).

Cu privire la clarificarea cerințelor privind numărul minim de uși laterale și modificarea acestora într-un mod prin care sunt favorizați ofertanții cu trenuri de 3 vagoane secțiunea F, paginile 23 - 24 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 2 secțiunea O, pagina 60 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 1, contestatoarea precizează că efectul neluării unor măsuri concrete de asigurare a unor condiții uniforme și egale de ofertare între operatorii care vor oferta trenuri cu 1 vagon și cei cu 4 vagoane, precum și al modificării cerințelor referitoare la numărul minim de uși laterale constă în distorsionarea concurenței.

Ofertanții nu se mai află pe poziții egale și nu au toți flexibilitatea de a modifica structurile și echipamentele trenurilor, astfel încât să obțină cea mai avantajoasă soluție pentru aplicarea criteriului de atribuire.

Pe lângă nelegalitatea clarificărilor ARF din perspectiva nerespectării principiului concurenței loiale și tratamentului egal între ofertanți, modificarea cerinței privind numărul de uși reprezintă o modificare substanțială, crucială a elementelor de bază ale obiectului licitației și are menirea de a schimba abordarea tehnică a operatorilor interesați. Cu un număr mai mic de uși ofertanții pot oferi mai multe locuri, iar numărul de locuri este factor în cadrul criteriul de atribuire.

Sunt modificate cerințele referitoare la numărul minim de uși laterale (fiind redus de la 6 la 4 uși) cu relevanță directă în ceea ce privește numărul de scaune și amplasarea acestora, ceea ce schimbă în mod fundamental elementele și indicatorii principali ai contractului de achiziție, cu repercusiuni în ceea ce privește factorii de evaluare, inclusiv prețul, dar și în ceea ce privește piața de profil și concurența relevantă.

ARF publică această modificare a obiectului documentației de atribuire pe 8 septembrie 2022 cu aproximativ 2 săptămâni înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Modificarea (mai multe locuri pe scaune/mai puține uși) schimbă substanțial soluția tehnică a trenului ce poate fi ofertat, ceea ce duce la necesitatea modificării documentelor de licitație, a descrierilor și pieselor desenate, precum și la restructurarea etapelor și lucrărilor de inginerie (de exemplu, proiectarea planului, lista de materiale cu implicații asupra calculelor de preț). Mai mult decât atât, se aduc modificări și e necesară refacerea calculului sarcinii și, prin urmare, calculul consumului de energie al trenurilor oferite.

Întrucât consumul de energie face parte din factorii de evaluare, acest răspuns ARF publicat în 8 septembrie 2022 determină și modificarea unui parametru de bază al licitației, ceea ce duce, practic, la un obiect al licitației cu caracteristici tehnice noi.

Cu privire la clarificarea tipului de asigurări solicitate, valorilor și perioadelor de valabilitate, secțiunea F, paginile 27 - 29 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 10, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a răspuns decât parțial la solicitarea de clarificare, menținând caracterul neclar și incomplet al prevederilor contractuale impuse.

Operatorii economici nu sunt în măsură să înțeleagă în mod corespunzător obiectul obligațiilor pe care și le asumă în privința Asigurărilor prin depunerea ofertei. Această împrejurare este, evident, contrară obligației legale impuse autorităților contractante de a asigura caracterul clar, concis și complet al tuturor cerințelor conținute în documentația de atribuire.

Cu privire la clarificarea tipului de asigurări solicitate, valorilor și perioadelor de valabilitate, secțiunea P, pagina 63 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 7, contestatoarea precizează că răspunsul oferit este superficial și ignoră cu desăvârșire imperativul absolut impus de lege de a asigura prin documentație și clarificări o înțelegere clară și completă de către ofertanți a obiectului obligațiilor pe care și le asumă depunând ofertă.

Menționează că autoritatea contractantă nu a permis constituirea garanției și prin intermediul reținerilor succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, prevăzând în fișa de date doar varianta scrisorii de garanție bancară și varianta asigurării de garanții.

Subliniază faptul că nu este tardivă contestația și nu vizează cerințele prevăzute în documentația de atribuire, ci refuzul ARF exprimat prin răspunsurile de clarificare de a adapta cerințele la realitățile pieței, la condițiile concrete de emitere a garanțiilor de către bănci și la circumstanțele contractului care prezintă o durată excepțional de lungă.

Susține că nu putea cunoaște decizia autorității de a nu adapta cerințele decât la momentul publicării răspunsurilor de clarificare.

Cu privire la clarificarea procedurii de restituire a garanției de bună execuție secțiunea P, pagina 63 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 6, contestatoarea susține că răspunsul autorității contractante este fundamentat pe o analiză superficială și incompletă, realizată în mod sumar și expeditiv, fără aplecare asupra modului de folosire a banilor publici și fără a arăta o minimă preocupare pentru eliminarea banilor publici.

Reiterează, faptul că nu este tardivă contestația și nu vizează cerințele prevăzute în documentația de atribuire, ci refuzul ARF exprimat prin răspunsurile de clarificare de a adapta cerințele la realitățile pieței.

Cu privire la clarificarea modului de defalcare procentuală a prețului și volumului de informații și date solicitate potrivit secțiunii 14.3 din caietul de sarcini, secțiunea G, pagina 34 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 4, precizează că răspunsul este și vădit incomplet, ARF netransmițând nicio clarificare la solicitarea sa de diminuare a nivelului de informații și date solicitate în considerarea faptului că multe dintre acestea implică dezvăluirea de secrete profesionale, tehnice și/sau comerciale.

Cu privire la clarificarea plafonului aplicabil penalităților, secțiunea p, pagina 62 din răspunsul consolidat, susține că ARF nu a răspuns în concret la întrebarea sa și nu a lămurit aspectele solicitat a fi clarificate, ceea ce determină nelegalitatea răspunsului.

Cu privire la ajustarea plafonului procentual pentru compensarea furnizorului în caz de denunțare, secțiunea P, pagina 63 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 5, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a respins solicitarea în mod expeditiv, fără o minimă analiză și fără a furniza vreo explicație.

Cu privire la clarificarea sintagmei de „costuri suplimentare” în caz de denunțare secțiunea X, pagina 74 din răspunsul consolidat răspunsul la întrebarea 2, contestatoarea precizează că răspunsul oferit a fost complet neclar, expeditiv, contrar prevederilor contractuale care stabilesc compensarea furnizorului în cazul denunțării unilaterale.

Autoritatea contractantă nu explică ce înseamnă costuri suplimentare la care furnizorul este îndreptățit în caz de denunțare unilaterală.

Prin adresa nr. 22/520/22.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 47132/23.09.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere invocând excepția rămânerii fără obiect a capătului de cerere privind suspendarea procedurii, adăugând că a prelungit data limită de depunere a ofertelor până la data de 06.10.2022.

Referitor la anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificare publicate, autoritatea contractantă precizează următoarele:

> Secțiunea A:

a) întrebarea 1, (partea referitoare la factorul program de livrare, pag. 1-2 din răspunsul consolidat), măsura de remediere adoptată de: cu privire la întrebarea care vizează:

- Factorul plusvaloare (A.1.), precizează faptul că: scaunele rabatabile nu sunt incluse în numărul total de scaune care sunt luate în calcul punctajului.

Mențiune: Conform analizelor făcute de autoritatea contractantă capacitatea de transport a trenurilor a RE-R a fost definită de numărul de locuri pe scaune fixe.

- Factorul program de livrare (A.2.), precizează următoarele:

- durata maximă de timp pentru livrarea întregii cantități de rame electrice pentru fiecare lot nu va putea fi prelungită;
- fiecare lot reprezintă un contract.

Mențiune: Fiecare lot (1, 2, 3) are propriul grafic de livrare.

- Factorul disponibilitatea vehiculelor (A.3.), se menține solicitarea din documentația de atribuire.

Mențiune: pentru a nu genera modificarea substanțială a documentației de atribuire, consideră că este necesar a se menține toți factorii de evaluare așa cum sunt precizați în Documentația de atribuire și răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

b) întrebarea 6 pct. b (pag.3-5 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată de:

Cuantumul penalizării de 0,025% se aplică ambelor părți contractante. În acest sens indică clarificarea din oficiu nr. 22/519/22.09.2022.

c) întrebarea 8 (pag. 5 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată de: Așa cum reiese din documentația de atribuire prejudiciile suplimentare vor fi stabilite în

cazul în care apar de către ambele părți conform solicitărilor și cerințelor autorității contractante și a ofertei desemnată câștigătoare.

Orice valoare identificată și stabilită la nivelul contractului de către o entitate abilitată și acceptată de cele două părți contractuale.

> Secțiunea C:

d) Întrebarea 2 (pag. 16 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată de:

Autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului se vor preda Beneficiarului la livrarea primei RE-R.

> Secțiunea F:

e) Întrebarea 2 (pag. 23-24 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată de: În primul rând susține că cerința nu încalcă principiul concurenței loiale și al tratamentului egal pentru posibili ofertanți.

Cerințele caietului de sarcini permit ofertanților să propună numărul de vagoane pe care îl consideră necesar pentru capacitatea de transport solicitată și, de asemenea, cerințele caietului de sarcini permit ofertanților alegerea tipului de boghiu care va fi utilizat. Impunerea numărului minim de uși pe vagoanele intermediare este rezultatul faptului că RE-R vor fi utilizate pentru rute regionale, caracterizate de opriri dese, transfer semnificativ de călători între tren și peron.

Pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte.

f) Întrebarea 10 (pag. 27-29 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată de: Contractul pentru care se are în vedere aceasta procedura de licitație deschisă este foarte complex și cu implicarea mai multor instituții de stat sau private.

De aceea, asigurările solicitate prin documentația de atribuire sunt complet justificate.

Nu se acceptă modificările sugerate.

Asigurarea/asigurările trebuie să fie constituite într-un quantum suficient, astfel încât materialul rulant să fie readus, cu celeritate, în parametrii contractuali de disponibilitate. Programul de readucere în parametrii, dacă excede unei perioade rezonabile de 48 ore trebuie să fie avizat de autoritatea contractantă.

g) Întrebarea 13 (pag. 30-29 31 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată: Având în vedere durata și complexitatea contractului și experiența în domeniu din U.E., nu se acceptă solicitarea.

Precizează că nu poate accepta modificări substanțiale ale documentației de atribuire.

> Secțiunea G:

h) Întrebarea 4 (pag. 34 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată: Având în vedere solicitările caietului de sarcini, conformitatea ofertei depuse va fi verificată în

funcție de defalcarea procentuală așa cum este documentată în caietul de sarcini.

Luând în considerare că RE-R achiziționate sunt proprietatea și administrarea autorității contractante, și după finalizarea contractului de achiziție, informațiile solicitate sunt necesare pentru bugetarea adecvată a întreținerii trenurilor pe întreaga durată de viață a acestora (62 RE-R).

i) întrebarea 10 (pag. 37 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată: Garanțiile de bună execuție (GBE) solicitate sunt în deplină corelare cu perioada de livrare a ramelor, cu serviciile solicitate în documentația de atribuire și cu durata de viață a produselor livrate în conformitate cu legislația națională și internațională.

Se menține cerința din caietul de sarcini.

> Secțiunea O:

j) întrebarea 1 (pag. 60 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată: Cerințele caietului de sarcini permit ofertanților să propună numărul de vagoane pe care îl consideră necesar pentru capacitatea de transport solicitată și, de asemenea, cerințele caietului de sarcini permit ofertanților alegerea tipul de boghiu care va fi utilizat. Impunerea numărului minim de uși pe vagoanele intermediare este rezultatul faptului că RE-R vor fi utilizate pentru rute regionale, caracterizate de opriri dese, transfer semnificativ de călători între tren și peron.

Precizează că, pe fiecare vagon intermediar, vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte.

> Secțiunea P:

k) întrebarea 4 (pag.62 din Răspunsul Consolidat).

Măsura de remediere: Având în vedere că sunt termene pentru două situații diferite în cele două litere ale articolului se mențin prevederile din modelul de contract și din documentația de atribuire.

În cazul penalizării cu 10%, autoritatea contractantă efectuează o analiză de oportunitate a continuării contractului, iar în momentul atingerii pragului de 50%, autoritatea contractantă va activa clauzele de reziliere (7.5) prevăzute în contract.

l) întrebarea 5 (pag. 63 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere adoptată: Art. 7.4.1 coroborat cu 7.4.2 denunțare unilaterală - se vor plăti furnizorului „orice alte Costuri suportate după sau în legătură cu rezilierea. Suma maximă a acestora va fi de 10% din prețul contractului”.

m) întrebarea 6 (pag. 63 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere: Având în vedere complexitatea contractului și durata mare de realizare a acestuia garanțiile solicitate sunt cele menționate în documentația de atribuire.

Se menține cerința din documentația de atribuire.

n) întrebarea 7 (pag. 63 din răspunsul consolidat);

Măsura de remediere: în vederea înțelegerii de către ofertant a asigurării produselor și serviciilor de mentenanță au fost menționate în cadrul întregii documentații riscurile care trebuie asumate de către ofertant pentru conformitatea ofertei în documentația de atribuire.

Asigurarea/asigurările trebuie să fie constituite într-un quantum suficient, astfel încât materialul rulant să fie readus, cu celeritate, în parametrii contractuali de disponibilitate. Programul de readucere în parametrii, dacă excede unei perioade rezonabile de 48 ore trebuie să fie avizat de autoritatea contractantă.

> Secțiunea X:

o) întrebarea 2 (pag. 74 din răspunsul consolidat).

Măsura de remediere: Conform art. 6.8. din contract: „După încetarea contractului înainte de finalizare, oricare ar fi motivul încetării, furnizorul este îndreptățit să fie plătit pentru valoarea produselor livrate și recepționate și pentru valoarea serviciilor de mentenanță prestate și acceptate de autoritatea contractantă (...). În cazul rezilierii contractului din vina furnizorului, autoritatea contractantă nu va fi obligată să facă nicio plată până la stabilirea tuturor implicațiilor financiare ale rezilierii”.

În cadrul întregului model de contract și a întregii legislații în vigoare nu se plătește niciun produs/ serviciu nerecepționat de către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 2663/27.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 47778/27.09.2022, contestatoarea transmite concluzii scrise prin care menționează că nu consideră suficiente măsurile de remediere indicate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere și menține cererile și criticile formulate prin contestație.

Subliniază faptul că aceasta abordare superficială a caracterizat și licitația din 2019 care a fost anulată tocmai ca urmare a imposibilității autorității contractante de a compara ofertele în contextul lăsării la latitudinea ofertanților a unor aspecte esențiale din cuprinsul propunerilor tehnice și financiare.

Contestatoarea apreciază ca vădit neîntemeiată excepția lipsei de obiect a contestației invocată de autoritatea contractantă. impunându-se înlăturarea acesteia.

Prin adresa nr. 22/564/30.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 48496/03.10.2022, ARF a transmis răspunsul la notele scrise depuse de SRL.

Prin notele scrise nr. 2741/05.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 48969/05.10.2022, ...SRL solicită respingerea ca nefondate a apărărilor ARF și admiterea contestației atât pentru cele învederate în contestație, cât și pentru motivele detaliate în notele scrise.

Prin contestația nr. 761/19.09.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 46454/19.09.2022, ...SA critică răspunsul consolidat al autorității contractante, susținând că cerințele introduse prin actul anterior menționat contravin standardelor și sunt, prin urmare, nelegale.

Astfel, precizează că, în documentația de atribuire inițial publicată, autoritatea contractantă a impus anumite condiții clare, corecte și precise privind:

- Modalitatea de determinare a sarcinii maxime pe osie de 18 tone (prin referire la SR EN15663, care prevede anumite mase ale călătorilor de luat în considerare - mai exact o masă de 70 kg/pasager inclusiv bagajele și, totodată, un număr minim de 200 de călători); sarcina maximă pe osie urma a fi, așadar, verificată, prin raportare la nivelul maxim al masei reglementate de Standard, configurația și structura constructivă a produsului oferat fiind, astfel, dimensionată cu respectarea acestuia, adică un nivel al masei de 70 kg/călător (inclusiv bagaj);

- Numărul minim de uși pe fiecare parte a unității RE-R (mai exact șase). Numărul de uși prezintă o maximă relevanță în structura produsului oferat, având un impact direct nu numai asupra structurii constructive a acestuia, dar și asupra numărului de călători posibil a fi încadrat (un număr mai mare de uși presupune un număr mai redus de călători, spațiul alocat ușilor nepermițând amplasarea de scaune pentru călători).

Prin Răspunsul consolidat, cerințele în discuție au fost semnificativ modificate prin inserarea unor reguli și specificații tehnice noi privind:

- Masa pasagerului de 80 kg la care se adaugă bagajele, conducând la o masă totală de 100 kg, contrar indicațiilor din standardul SR EN15663 care prevede că, pentru această categorie de tren, masa totală de luat în considerare la determinarea sarcinii maxime pe osie este de 70 kg/pasager (inclusiv bagajele); caietul de sarcini prevede explicit că prevederile standardelor trebuie respectate, deci și numai această deviere este suficientă pentru a ilustra nelegalitatea răspunsului consolidat. În plus, însă, dacă se dorea un astfel de calcul, autoritatea era obligată să ia în considerare și majorarea corespunzătoare a valorii sarcinii maxime pe osie care, fiind oricum mai redusă decât în precedenta licitație (unde sarcina maximă pe osie a fost stabilită ca fiind de 20 de tone), este direct împăcată prin această modificare. Astfel, față de masa necesar a fi luată acum în calcul (80 kg + bagaj, față de cele 70 kg inclusiv bagaj reglementate de standard) rezultă un nivel de încărcare suplimentar pe osie de aproximativ 6 tone (din totalul de maxim 18 necesar a fi respectat). Diferența este una semnificativă, de natură a afecta grav ofertanții care, anterior acestei clarificări, nu puteau și nici nu trebuiau să anticipeze (date fiind prevederile Standardului) asemenea mase.

- Numărul minim de uși redus de la șase la patru, ceea ce creează un avantaj incorect anumitor categorii de ofertanți și contravine normelor privind fluxul de pasageri și evacuarea de urgență, clarificarea contravenind EN 45545-4/2013 clauza 4.3 privind ieșirile de urgență.

Consideră că se impune, aşadar, anularea în parte a răspunsului consolidat, întrucât aceste cerinţe sunt contrare standardelor şi exced cerinţelor impuse prin documentaţia de atribuire iniţial publicată fiind, astfel, creată premisa unui nou produs, cu caracteristici diferite, faţă de cel solicitat la momentul publicării anunţului de participare, fără ca ajustarea celorlalţi parametri relevanţi să fi fost operată.

Contestatoarea precizează că, în mod nejustificat, autoritatea contractantă refuză stabilirea unei valori în Euro (măcar parţial), singura măsură de natură a menţine tratamentul egal între ofertanţi.

În acest sens, arată că organizarea unei proceduri de achiziţii publice în moneda naţională (RON), în condiţiile în care majoritatea costurilor sunt în altă monedă (de ex. EUR), atrage după sine includerea în oferte a unor costuri financiare uriaşe, determinate în primul rând de nevoia participanţilor la proceduri de a neutraliza efectele riscului de schimb valutar survenite între momentul contractării costurilor (în EUR) şi momentul încasării preţurilor (în RON), care nu se vor dovedi eficiente pentru niciuna dintre părţi.

Raportat la aspectele explicate, solicită să fie acordată ofertanţilor posibilitatea de a-şi exprima ofertele, fie în EUR, fie într-o combinaţie EUR şi RON pentru a neutraliza cât mai eficient impactul costurilor financiare de hedging.

Prin adresa nr. 22/521/22.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 47184/23.09.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere, prin care invocă lipsa de obiect a contestaţiei, întrucât consideră că a luat măsurile de remediere necesare pentru permiterea continuării procedurii de atribuire.

Referitor la anularea parţială a răspunsului consolidat la clarificări nr. 22/470/06.09.2022 emis în partea care vizează: modalitatea de calcul a sarcinii maxime pe osie precum şi valoarea maximă a acesteia (pct. 1, pag. 19 a răspunsului consolidat) şi numărul maxim de uşii (pct. 1 pag. 60 a răspunsului consolidat), precizează că a transmis în SICAP Clarificarea din oficiu nr. 22/519/22.09.2022, prin care a modificat cerinţa privind sarcina maximă pe osie din caietul de sarcini cap. 2.4.3.2., după cum urmează: „Design aerodinamic, cu sarcina maximă pe osie de 20 tone, conform prevederilor SR EN 15663 şi STI”.

Susţine că cerinţele caietului de sarcini permit ofertanţilor să propună numărul de vagoane pe care îl consideră necesar pentru capacitatea de transport solicitată şi, de asemenea, cerinţele caietului de sarcini permit ofertanţilor alegerea tipul de boghiu care va fi utilizat.

Impunerea numărului minim de uşi pe vagoanele intermediare este rezultatul faptului că RE-R vor fi utilizate pentru rute regionale, caracterizate de opriri dese, cu transfer semnificativ de călători între tren şi peron.

Pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte a RE-R.

Referitor la obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și recunoașterea valorii în Euro pentru respectarea tratamentului egal între ofertanți, precizează că a luat măsurile de remediere necesare și va continua procedura de achiziție.

Cu privire la solicitarea contestatoarei, în subsidiar, de anulare a procedurii de atribuire, consideră că este nefondată având în vedere faptul că a dispus măsurile de remediere necesare care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, respectiv a furnizat informațiile și clarificările necesare ofertanților pentru a pregăti ofertele și a extins în mod repetat perioada de depunere, astfel încât operatorii economici interesați să participe la derularea licitației să își poată depune oferta/ofertele înainte de termenul limită de primire a ofertelor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 47816/28.09.2022, contestatoarea transmite note scrise cu privire la măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă.

Cu privire la critica privind modalitatea de determinare a sarcinii maxime pe osie, precizează că autoritatea a implementat măsuri de remediere menite să asigure o modalitate echidistantă și permisă de determinare a acesteia, modificând cerințele documentației de atribuire în mod corespunzător, prin urmare nu mai subzistă.

A doua critică, referitoare la reducerea numărului de scaune impus, inițial, prin cerințele caietului de sarcini, nu a fost remediată, argumentele formulate prin contestație subzistă, așadar, în raport de această critică, reglementarea/modificarea din clarificare, ca și aspectele evidențiate prin punctul de vedere, fiind de natură să avantajeze anumite categorii de operatori, fiind totodată și contrare normelor obligatorii menționate în contestație.

A treia critică, referitoare la posibilitatea de exprimare a valorilor relevante în Euro (sau, măcar, stabilizarea acestora într-o monedă - Euro - cu fluctuații mai mici), nu a fost remediată, deși explicit indică faptul că ar fi implementat măsuri de remediere în această privință, ele nu îi sunt cunoscute, nefiind publicate până la acest moment în SEAP și/sau conținute în cuprinsul punctului de vedere depus. Dacă asemenea măsuri vor deveni, așadar, accesibile, contestatoarea precizează că își va exprima poziția în consecință.

Urmare notelor scrise transmise de SA, ARF a transmis răspunsul său nr. 22/555/29.09.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 48257/29.09.2022.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de „Achiziționarea de rame electrice regionale, denumite RE-R, și achiziționarea serviciilor de mentenanță și reparații necesare funcționării respectivelor trenuri”, cod CPV 34620000-9 Material rulant (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1042687/15.05.2022, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunț pentru 26.09.2022, ora 15:00, decalată ulterior pentru 12.10.2022, ora 15:00.

Nemulțumite de răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 22/470/06.09.2022, ... SA, ...SRL și SA au înaintat contestațiile înregistrate la Consiliu cu nr. 46053/16.09.2022, 46438/19.09.2022 și 46454/19.09.2022.

..... SA a constituit cauțiunile în sumă de 220.000,00 lei, conform 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depuse la dosar recipisele de consemnare nr. 208402255/1, 208402252/1 și 208402246/1 eliberate de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 16.09.2022.

.....SRL a constituit cauțiunile în sumă de 220.000,00 lei, conform 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depuse la dosar recipisele de consemnare nr. 208409414/1, 208409415/1 și 208419412/1 eliberate de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 20.09.2022.

.....SA a constituit cauțiunile în sumă de 660.000,00 lei, conform 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208418142/1, eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 22.09.2022.

Trecând la soluționarea contestațiilor pe fondul cauzelor, Consiliul va analiza pe rând cele trei contestații care au fost conexe.

Prima contestație analizată este înaintată de societatea SA care a criticat cerința tehnică privind motorul electric de tracțiune, astfel cum a fost clarificată prin răspunsul nr. 22/470/06.09.2022, solicitând eliminarea contradicțiilor și confirmarea neechivocă a faptului că autoritatea va accepta oferte care conțin motoare electrice de tracțiune parțial suspendate. De asemenea, a fost criticat termenul prea scurt de depunere a ofertelor stabilit în urma măsurilor de remediere.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 46679/20.09.2022, contestatoarea a trimis Note scrise prin care susține că a luat la cunoștință măsurile de remediere care au fost publicate în zona publică a SEAP pe data de 19.09.2022.

Contestatoarea a fost de acord cu remedierea în privința contradicțiilor sesizate prin contestație, însă, față de data publicării remedierilor, apreciază că termenul actual de depunere a ofertelor (26.09.2022) este insuficient.

Referitor la acest termen, se reține că, prin erata EN1039919 din 29.09.2022, termenul de depunere a ofertelor a fost prelungit până la data de 12.10.2022. Față de noul termen, societatea contestatoare nu a formulat alte critici.

Se constată, așadar, că sunt rămase fără obiect capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la eliminarea contradicțiilor din răspunsurile la solicitările de clarificări aferente loturilor 1, 2 și 3, și obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3, din contestația formulată de SA.

Capătul de cerere privind suspendare a procedurii a fost respins, ca nefondat, prin Încheierea nr. 2432/C9/2269,2285,2286/21.09.2022.

Trecând la analiza celei de-a doua contestații, înaintată de societatea SRL, Consiliul constată că se solicită anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificări ale ARF pentru următoarele puncte:

❖ **Secțiunea A:**

- a) întrebarea 1 (partea referitoare la factorul Program de livrare, pag. 1-2 din Răspunsul Consolidat);
- b) întrebarea 6 pct. b (pag. 3-5 din Răspunsul Consolidat);
- c) întrebarea 8 (pag. 5 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea C:**

- d) întrebarea 2 (pagina 16 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea F:**

- e) întrebarea 2 (pag. 23 - 24 din Răspunsul Consolidat);
- f) întrebarea 10 (pag. 27 - 29 din Răspunsul Consolidat);
- g) întrebarea 13 (pag. 30 - 31 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea G:**

- h) întrebarea 4 (pag. 34 din Răspunsul Consolidat);
- i) întrebarea 10 (pag. 37 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea O:**

- j) întrebarea 1 (pag. 60 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea P:**

- k) întrebarea 4 (pag. 62 din Răspunsul Consolidat); l) întrebarea 5 (pag. 63 din Răspunsul Consolidat); m) întrebarea 6 (pag. 63 din Răspunsul Consolidat); n) întrebarea 7 (pag. 63 din Răspunsul Consolidat);

❖ **Secțiunea X:**

- o) întrebarea 2 (pag. 74 din Răspunsul Consolidat).

Referitor la critica privind termenul de depunere a ofertelor, aceasta este rămasă fără obiect ca și în cazul contestației SA, termenul de depunere fiind stabilit pentru 12.10.2022. Nu au fost formulate critici în privința noului termen stabilit.

1. Contestatoarea critică răspunsul privind clarificarea programului de livrare în cazul ofertantului căruia îi sunt atribuite mai multe loturi.

Sustine că **ARF nu a răspuns la această întrebare și nu a lămurit neclaritatea sa.**

Urmare formulării contestației, autoritatea contractantă a publicat clarificare din oficiu prin adresa nr. 22/519/22.09.2022 și a făcut următoarele precizări:

Factorul program de livrare (A.2.), precizăm următoarele:

-durata maximă de timp pentru livrarea întregii cantități de rame electrice pentru fiecare lot nu va putea fi prelungită;
-fiecare lot reprezintă un contract.

Mențiune: Fiecare lot (1, 2, 3) are propriul grafic de livrare.

Factorul disponibilitatea vehiculelor (A.3.), precizăm: se menține solicitarea din documentația de atribuire.

Mențiune: pentru a nu genera modificarea substanțială a documentației de atribuire, consideram ca este necesar a se menține totii factorii de evaluare așa cum sunt precizați în Documentația de atribuire și răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

În notele scrise nr. 2663/27.09.2022, contestatoarea a explicat că nu a întrebat dacă fiecare lot are propriul grafic de livrare. Aceasta a urmărit să obțină o clarificare vizavi de faptul că, în ipoteza dată, livrarea, deși asumată la nivel de lot la termene de maxim 37 luni, va putea fi prelungită în interiorul acestor limite maxime prevăzute de 41-42 luni fără penalități de întârziere.

În punctul său de vedere nr. 22/564/30.09.2022, autoritatea contractantă a explicat că durata maximă pentru livrarea întregii cantități de rame electrice pentru fiecare lot nu va putea fi prelungită, procedura urmând a fi tratată pe loturi distincte.

Se poate observa din cele de mai sus că, deși nelămurirea contestatoarei a fost determinată de existența a două grafice de livrare (unul individual cu termen maxim de 37 luni și unul în anexa 7 cu perioade de livrare de 41-42 luni), achizitoarea nu a adus vreo explicație vizavi de aceste două termene.

Într-adevăr, din conținutul caietului de sarcini (pag. 128 – anexa 7), rezultă că termenul de 41-42 luni privește **perioada maximă de livrare a seriei de rame**, însă, pe de altă parte, termenul maxim pe care îl pot asuma ofertanții este de 37 luni (pentru loturile 1 și 3), un termen mai mare conducând la respingerea ofertei.

Deși autoritatea contractantă a menționat expres prin răspunsurile la clarificări că durata de livrare pentru fiecare lot nu va fi prelungită, nu s-a răspuns la întrebarea vizavi de perioada maximă de 41 luni (loturile 1 și 3) și 42 luni (lotul 2), prevăzută la pct. b) perioada maximă de livrare.

Achizitoarea trebuie să răspundă clar și explicit la întrebarea adresată de operatorul economic, pentru situația descrisă de acesta, nu la modul general că nu va fi prelungită perioada de livrare pe fiecare lot.

Se constată astfel că este necesară o nouă clarificare în care să se răspundă în mod clar și complet pentru situația descrisă în solicitarea de clarificări.

2. Un alt punct al contestației se referă la clarificarea cuantumului penalităților și înlăturarea unor contradicții între documentele licitației sub acest aspect.

În Fișa de Date, Secțiunea **VI.3** pct. IV. Obligații Contractuale sunt prevăzute penalități de întârziere în cuantum fix de 0,025% (aplicabile atât în cazul culpei furnizorului, cât și culpei Autorității). În cuprinsul Contractului sunt prevăzute alte cuanțumuri precum 0,01% sau rata dobânzii BNR cu 8 puncte procentuale (a se vedea art. 3.2.1. f), art. 3.3.1 și art. 6.7).

Cu privire la această critică autoritatea contractantă prin clarificarea din oficiu nr. 22/519/22.09.2022 și a făcut următoarele precizări: Cu privire la Fisa de date: b. Capitolul IV. Obligații Contractuale. Cuanțumul penalizărilor este de 0,025%.

Mențiune: cuanțumul penalizării de 0,025 % se aplică ambelor părți contractante.

În acest sens a se vedea Erata EN1039138/03.09.2022.

În notele scrise, contestatoarea a apreciat ca fiind suficiente măsurile de remediere luate la acest punct, astfel că se constată a fi rămasă fără obiect critica în discuție.

3. O altă critică se referă la clarificarea sintagmei de **"prejudicii suplimentare"** din conținutul clauzei **3.3.1** în condițiile în care aceste **"prejudicii suplimentare"** pot bloca remediul furnizorului de a diminua/sista livrările în cazul culpei contractuale ARF.

În legătură cu art. 3.3.1 din Contract - Neindeplinirea obligațiilor de către Autoritatea Contractantă, se precizeaza la lit. b) *„în cazul în care neîndeplinirea obligațiilor nu este remediată în termen de 365 de zile de la data înregistrării facturii (la sediul Autorității Contractante, a facturii emise, Furnizorul poate suspenda livrarea tuturor Produselor sau a unor părți ale acestora sau de a diminua ritmul livrărilor, **cu condiția de a nu crea prejudicii suplimentare Autorității Contractante, mai mari decât întârzierea activităților, prin suspendarea/diminuarea ritmului livrărilor Produselor și numai cu condiția notificării prealabile a Autorității Contractante.** În cazul serviciilor de mentenanță, Furnizorul poate sista serviciile de mentenanță în aceleași condiții."*

Vă rugam să clarificați cum se vor calcula și ce vor include „prejudiciile suplimentare (...) mai mari decât întârzierea activităților” sau, în cazul în care clarificarea nu este posibilă, să eliminați condiția inserată în aceasta clauză, întrucât nu poate fi evaluat în mod obiectiv care ar fi aceste „prejudicii suplimentare (...) mai mari decât întârzierea activităților” așadar, în lipsa acestei informații, Furnizorul va fi lipsit în fapt de acest remediu contractual de a diminua ritmul livrărilor.

Cu privire la această critică, autoritatea contractantă prin clarificarea din oficiu nr. 22/519/22.09.2022 a făcut următoarele precizări:

Așa cum reiese din documentația de atribuire prejudiciile suplimentare vor fi stabilite în cazul în care apar de către ambele părți

conform solicitărilor și cerințelor Autorității contractante și a ofertei desemnate câștigătoare.

Orice valoare identificată și stabilită la nivelul contractului de către o entitate abilitată și acceptată de cele două părți contractuale.

După cum se poate observa și după cum a reluat contestatoarea și prin notele scrise, nu este cunoscut cuantumul prejudiciilor, la ce anume se va raporta, cum va fi calculat. Într-adevăr, achizitoarea a menționat că prejudiciul suplimentar reprezintă *Orice valoare identificată și stabilită la nivelul contractului de către o entitate abilitată și acceptată de cele două părți contractuale*, însă nu se cunoaște ce anume a avut în vedere autoritatea contractantă și cum va fi stabilit cuantumul prejudiciului. Faptul că o entitate acceptată de ambele părți îl va stabili nu înseamnă că operatorii economici nu trebuie să cunoască despre ce prejudicii suplimentare este vorba.

4. Contestatoarea dorește clarificarea ca cerință unică a necesității deținerii autorizației pentru introducerea în piață emisă în baza regulamentului (UE) 2018/545.

S-a solicitat: Menționarea ca cerință unică de reglementare pentru acest caz de vehicul nou construit, a necesității deținerii unei autorizații pentru introducere pe piață emisă în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 2018/545, regulament a cărei aplicare include și verificarea conformității cu STI relevante de către un organism notificat precum și verificarea compatibilității cu ruta de către un organism desemnat, situație care elimină menționarea oricăror alte cerințe legislative.

Contestatoarea a susținut că *ARF nu a răspuns la întrebarea de clarificare, ci la o cu totul altă întrebare.*

Întrebarea nu a privit data la care trebuie prezentată autorizația, ci solicitată este cea emisă în baza Regulamentului (UE) nr. 2018/545."

Autoritatea contractantă a clarificat acest aspect în răspunsul nr. 22/519/22.09.2022 *„Autorizația de tip a vehiculului și autorizația de introducere pe piață a vehiculului se vor preda Beneficiarului la livrarea primei RE-R (vezi 9.2.1)“.*

Se constată că, astfel cum a menționat și contestatoarea, solicitarea sa nu a privit data predării autorizației, ci menționarea ca cerință unică a necesității deținerii unei autorizații pentru introducere pe piață (...), astfel că achizitoarea trebuie să răspundă în mod clar acestei solicitări.

Completările aduse prin punctul de vedere din 30.09.2022 nu pot fi considerate suficiente față de solicitarea adresată.

5. Contestatoarea dorește să clarifice cerința privind numărul minim de uși laterale, susținând că acesta a fost modificat într-un mod prin care sunt favorizați ofertanții cu trenuri de **3** vagoane.

În Caietul de sarcini 22_203_10.05.2022_62 RE-R_2022: Punctele 3.5.2.10 și 11, se solicită ca cerințele de la punctele 10 și 11 să fie modificate după cum urmează:

Vor exista cel puțin 2 uși pe fiecare parte a vagonului (secțiune) pentru a permite accesul pasagerilor în RE-R.

În cazul vagoanelor de capăt, este permisă existența a cel puțin o ușă pe fiecare parte pentru a permite accesul pasagerilor la RE-R. Cerințele actuale nu asigură principiul concurenței loiale și al tratamentului egal al contractanților.

Dacă unul dintre operatori oferă un vehicul cu 4 secțiuni pe boghiuri Jacobs, va fi suficient ca acesta să proiecteze 6 uși pe fiecare parte a vehiculului, ceea ce face ca două secțiuni să aibă o pereche de uși pe fiecare parte a secțiunii. Aceeași cerință pentru un vehicul cu boghiuri separate (aranjament de boghiuri) va avea ca rezultat 2 uși pe fiecare parte a fiecărei secțiuni, reducând capacitatea vehiculului.

Pentru a evita restrictionarea artificială a concurenței, vă rugăm să acceptați modificarea cerinței conform celor propuse mai sus.

Autoritatea contractantă a clarificat acest aspect: În primul rând precizăm că cerința nu încalcă principiul concurenței loiale și al tratamentului egal pentru posibili ofertanți.

Cerințele caietului de sarcini permit ofertanților să propună numărul de vagoane pe care îl consideră necesar pentru capacitatea de transport solicitată și de asemenea, cerințele caietului de sarcini permit ofertanților alegerea tipului de boghiu care va fi utilizat.

Impunerea numărului minim de uși pe vagoanele intermediare este rezultatul faptului că RE-R vor fi utilizate pentru rute regionale, caracterizate de opriri dese, transfer semnificativ de călători între tren și peron.

Ulterior depunerii contestației, prin răspunsul la clarificări nr. 22/519/22.09.2022, a adăugat următoarele:

Precizăm că pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte.

Prin adresa nr. 22/564/30.09.2022, autoritatea contractantă răspunde la Notele scrise ale contestatoarei:

Referitor la criticile din Secțiunea F, răspunsul la întrebarea 2; Secțiunea O, răspunsul la întrebarea 1 (paragrafele 20 - 28), **Secțiunea F, răspunsul la întrebarea 10** (paragrafele 37 - 39) precizăm următoarele:

Contrar celor afirmate de către contestatoare (fila 4) prin tot ceea ce întreprinde asigură respectarea principiului tratamentului egal și nu urmărește favorizarea niciunui operator economic.

....., așa cum a precizat clar și în clarificare nu impune prin documentația de achiziție o cerință anume privind lungimea RE-R, nici pentru tipul de boghiu utilizat.

Mai mult, prin clarificările din oficiu nr. 22/519/22.09.2022 s-a precizat clar faptul că pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 (două) uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim o (1) ușă pe fiecare parte.

Cu privire la acest aspect, Autoritatea contractantă face următoarele precizări necesare:

În conformitate cu cerințele de la 3.5.2 „Ușile de acces”:

- pct.10: „Pe fiecare parte a vehiculului (vagonului) se vor amplasa minim 2 uși pentru accesul călătorilor, respectiv minimum 6 uși pe fiecare parte a unității RE-R”;
- pct.11: „Pentru vagoanele de capăt se acceptă amplasarea a minim o ușă pentru accesul călătorilor pe fiecare parte a vagonului”.

Prin solicitarea de clarificări, care a făcut obiectul Răspunsului consolidat nr.22/470/06.09.2022, a fost formulată astfel:

„Caiet de sarcini 22_203_10.05.2022_62 RE-R_2022: Punctele 3.5.2.10 și 11 Solicităm ca cerințele de la punctele 10 și 11 să fie modificate după cum urmează:

- 10. Vor exista cel puțin 2 uși pe fiecare parte a vagonului (secțiune) pentru a permite accesul pasagerilor în RE-R.*

11. *În cazul vagoanelor de capăt, este permisă existența a cel puțin o ușă pe fiecare parte pentru a permite accesul pasagerilor la RE-R.*

Și motivează această solicitare prin faptul că:

Cerințele actuale nu asigură principiul concurenței loiale și tratamentului egal al contractanților"

Prin punctul de vedere formulat de A.R.F cu privire la contestația (Dosar CNSC nr. 2285/C9/2022), prin care a făcut cunoscută măsura de remediere adoptată de, respectiv:

„În primul rând precizăm că cerința nu încalcă principiul concurenței loiale și al tratamentului egal pentru posibili ofertanți.

Cerințele caietului de sarcini permit ofertanților să propună numărul de vagoane pe care îl consideră necesar pentru capacitatea de transport solicitată și de asemenea, cerințele caietului de sarcini permit ofertanților alegerea tipul de boghiu care va fi utilizat.

Impunerea numărului minim de uși pe vagoanele intermediare este rezultatul faptului că RE-R vor fi utilizate pentru rute regionale, caracterizate de opriri dese, transfer semnificativ de călători între tren și peron.

Precizăm că pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte."

Prin această măsură de remediere, Autoritatea contractantă acceptă solicitarea contestatorului așa cum se poate constata, respectiv:

- pentru punctul 10: „pe fiecare vagon intermediar vor fi amplasate minim 2 uși pe fiecare parte, iar ..."
- pentru punctul 11 „... la vagoanele de capăt minim 1 (o) ușă pe fiecare parte".

Prin această clarificare și punctul de vedere transmis se poate observa că autoritatea contractantă a dorit să facă unele precizări prin care să se asigure tratamentul egal pentru toți operatorii economici și a justificat că îi sunt necesare astfel de rame, deoarece vor fi folosite pe rute regionale cu un transfer semnificativ de călători și opriri foarte dese. Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unui produs/serviciu/ lucrare care să îndeplinească anumite cerințe minime obligatorii și de calitate, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile, obiectivele și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante.

Contestatoarea a adus în discuție faptul că modificarea adusă, respectiv eliminarea cerinței de minimum 6 uși, a condus la avantajarea acelor operatori economici care urmează a ofera trenuri cu trei vagoane, având în vedere că modificarea adusă determină o modificare a abordării tehnice, cu consecințe semnificative.

Analizând cele sesizate prin contestație, față de modificarea adusă documentației de atribuire, se poate observa că respectiva modificare este apreciată nelegală raportat la limitele în care pot fi permise modificările documentației de atribuire.

Sub acest aspect relevante sunt următoarele dispoziții legale:

- art. 55 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 În condițiile art. 153 din Lege, autoritatea contractantă are obligația de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificațiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacția potențialilor

ofertanți, cu excepția modificărilor substanțiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziției publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiție sau schimbă piața de profil la care se adresează;

b) conduc la modificări substanțiale a criteriilor de calificare și selecție, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici.

- art. 153 din Legea nr. 98/2016 (1) Autoritatea contractantă prelungește perioada stabilită în anunțul de participare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri:

a) în cazul în care, din orice motiv, informațiile suplimentare sau răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici nu sunt transmise în termenele prevăzute la art. 161, deși clarificările sau informațiile suplimentare au fost solicitate de operatorul economic în termenul prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției.

Așadar, obligația autorității contractante în cazul unei modificări semnificative este de prelungire a termenului de depunere a ofertelor.

Faptul că achizițarea a eliminat numărul minim de uși pe unitatea RE-R permite o mai largă participare a operatorilor economici, fiecare din aceștia urmând a-și elabora propria ofertă, abordarea unei alte soluții tehnice nedeterminând concluzia că modificarea este nelegală, ci că necesită un termen mai mare pentru depunerea ofertelor.

Astfel fiind, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 45 zile calculate de la data publicării în SEAP a măsurilor de remediere luate în urma deciziei Consiliului.

În ceea ce privește aplicarea art. 55 alin. (1) din norme, invocat de contestatoare, potrivit căruia În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări **față de informațiile deja existente în acesta**, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare. Se poate observa că anunțul tip erată vizează modificarea unor informații din anunț, nu din caietul de sarcini.

6. Contestatoarea critică clarificarea tipului de asigurări solicitate, valorilor și perioadelor de valabilitate.

Prin raportare la art. 4.1 din Contract s-a solicitat clarificarea:

- o *tipurilor de Asigurări solicitate a fi asumate prin ofertă,*
- o *valorilor aplicabile fiecăreia dintre Asigurări,*
- o *perioadelor de valabilitate impuse.*

S-a solicitat, de asemenea, modificarea clauzei contractuale care impune în sarcina furnizorului asigurarea de răspundere civilă pentru transportator (furnizorul de trenuri nefiind în mod evident, transportator, sens în care acest tip de Asigurare nu poate fi impus în sarcina sa).

S-a solicitat, totodată, și:

a) *eliminarea impunerii în sarcina furnizorului a asigurării produselor și serviciilor de mentenanță*

ARF a transmis un răspuns vădit incomplet, superficial și nu a răspuns în concret la niciuna dintre întrebările art. 4.1. (e) 2 din Contract);

b) *clarificarea tipului de asigurare avută în vedere în acest scop și a cuantumului acesteia.*

În mod separat, în privința art. 4.3 (e) 3 din Contract, s-a cerut ca ARF să clarifice tipul de asigurare avut în vedere în caz de accident de muncă, precum și modificarea prevederii contractuale în sensul arătat prin solicitarea de clarificare.

Cu privire la art. 4.1 (g) s-a solicitat confirmarea tipului de asigurare și înlăturarea termenului "uzură" din prevederea contractuală.

Autoritatea contractantă a clarificat acest aspect: Contractul pentru care se are în vedere aceasta procedură de licitație deschisă este foarte complex și cu implicarea mai multor instituții de stat sau private.

De aceea, asigurările solicitate prin documentația de atribuire sunt complet justificate. Nu se accepta modificările sugerate.

Prin răspunsul nr. 22/519/22.09.2022, s-au adus următoarele completări:

Asigurarea/asigurările trebuie să fie constituite într-un quantum suficient astfel încât materialul rulant să fie readus, cu celeritate, în parametrii contractuali de disponibilitate. Programul de readucere în parametrii, dacă excede unei perioade rezonabile de 48 ore trebuie să fie avizat de Autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 22/564/30.09.2022, autoritatea contractantă răspunde la Notele scrise ale contestatoarei: menționăm faptul că asigurările privesc acoperirea răspunderii civile pentru vătămări corporale și daune aduse proprietății ce pot fi provocate terților ca urmare a executării contractului, respectiv polițe de asigurare ce acoperă riscul global privind obiectul contractului de achiziție, urmare a obligațiilor furnizorului asumate prin contract.

Cu privire la perioada de valabilitate a polițelor de asigurare precizăm că aceasta va cuprinde toată perioada de derulare a contractului până la finalizare.

Vizavi de modificarea clauzelor contractuale astfel cum a solicitat contestatoarea, se reține că este dreptul autorității să accepte sau nu prin clarificări modificările/eliminările propuse, dacă dorea modificarea/eliminarea lor, contestatoarea trebuia să critice documentația de atribuire în termenul legal.

În privința clarificărilor la care achizitoarea ar fi trebuit să răspundă în mod clar și complet, se poate observa că, într-adevăr, răspunsurile sunt lacunare și nu acoperă întrebările adresate.

Referitor la:

- *tipurile de Asigurări solicitate a fi asumate prin ofertă,*
- *valorile aplicabile fiecăreia dintre Asigurări,*
- *perioadele de valabilitate impuse.*

Autoritatea contractantă trebuie să răspundă în mod clar și complet, nelăsând stabilirea acestor elemente importante în sarcina operatorilor economici.

Răspunsul la notele scrise nu poate fi considerat suficient în privința valabilității polițelor, trebuind a fi adus la cunoștința tuturor operatorilor economici.

Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să răspundă în mod clar și complet solicitărilor adresate.

7. Contestatoarea critică clarificarea tipului de asigurări solicitate, valorilor și perioadelor de valabilitate

Cu privire la art. 4.1 lit. e) din Contract s-a solicitat:

a.a.a) *precizarea quantumului valoric al Asigurării Produselor și Serviciilor de Mentenanță;*

a.a.b) *clarificarea noțiunii "valoare totală de înlocuire";*

a.a.c) *clarificarea riscurilor care trebuie acoperite de asigurare.*

Rămân valabile cele de mai sus, în sensul că autoritatea contractantă trebuie să răspundă în mod clar și complet solicitărilor adresate. Răspunsul la notele scrise nu poate fi considerat suficient.

8. Referitor la adaptarea garanției de bună execuție la circumstanțele contractului, cu precădere la durata excepțional de lungă a acestuia.

S-au susținut prin contestație următoarele: *Cu privire la art. 6.9 (b) din Contract, precum și la prevederile corelative din Secțiunea III.1.6.(b) din Fișa de Date, au fost transmise solicitări de clarificare prin care s-a cerut (cu explicații justificate) reducerea valorii garanției de bună execuție la până la livrare și 2.5% după livrare și/sau reducerea perioadei de valabilitate a acesteia (constituirea unor garanții cu valabilitate inițială de 222 de luni și drept de prelungire pentru încă 180 luni fiind excesivă, inadecvată și extrem de costisitoare).*

De asemenea, a fost solicitată eliminarea prevederii din contract potrivit căreia garanția trebuie ajustată la nivelul contractual în caz de executare (din cuprinsul art. 6.9 (b)), ceea ce determină ca prestația datorată să fie nelimitată în sumă și nu în quantumul de 10%.

Autoritatea contractantă a clarificat acest aspect: **Având în vedere durata complexitatea contractului și experiența în domeniu din U.E., nu se acceptă solicitarea.**

De asemenea, nu putem accepta modificări substanțiale ale documentației de atribuire.

Cum s-a arătat mai sus, în cazul în care dorea reducerea valorii garanției de bună execuție și eliminarea prevederii din contract *potrivit căreia garanția trebuie ajustată la nivelul contractual în caz de executare*, trebuia să conteste în termenul legal.

În cuprinsul contestației, s-a subliniat că *nu ar fi tardivă și nu vizează cerințele prevăzute în documentația de atribuire, ci refuzul ARF exprimat prin răspunsurile de clarificare de a adapta cerințele la realitățile pieței, la condițiile concrete de emitere a garanțiilor de către bănci și la circumstanțele contractului care prezintă o durată excepțional*

de lungă. A adăugat că *nu putea cunoaște decizia ARF de a nu adapta cerințele decât la momentul publicării răspunsurilor la clarificare.*

Față de răspunsul la clarificări, contestația este formulată în termenul legal, fiind transmisă, prin e-mail la data de 19.09.2022, răspunsul consolidat fiind publicat în 08.09.2022.

Analizând acest act atacat nu se poate constata nelegalitatea lui. Niciunde în legislația privind achizițiile publice nu se prevede obligația autorității contractante de a elimina o cerință din documentație ca urmare a unei cereri de clarificări. De altfel, se poate observa că cererea adresată de petentă nu este de *clarificare* a modelului de contract și fișei de date a achiziției, al cărui conținut îi era foarte clar contestatoarei, ci de eliminare a unei cerințe cuprinse în acest document.

Potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 *(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs, iar potrivit alin. (3) al aceluiași articol Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.*

Autoritatea contractantă a răspuns după cum a considerat de cuviință, nefiind obligată să modifice cerințele la solicitarea unui operator economic.

Fără îndoială că achizitoarea nu are dreptul de a include în documentația de atribuire cerințe restrictive, însă societatea contestatoare, dacă aprecia că garanția de bună execuție nu este corect stabilită trebuia să solicite modificarea ei în termenul legal raportat la data publicării anunțului de participare (modelului de contract și fișei de date a achiziției), la data primirii răspunsului la solicitările de clarificări, fiind tardivă orice critică adusă documentației de atribuire.

Astfel fiind, se constată că, prin răspunsul la clarificări, **nu a fost modificată cerința documentației, autoritatea menționând expres că nu modifică cerința.**

Contrar susținerilor contestatoarei, detaliile despre garanția de bună execuție pe care acum le contestă îi erau cunoscute la momentul publicării documentației, nu la momentul publicării răspunsului consolidat la clarificări.

La momentul formulării contestației, nu mai pot fi criticate prevederi ale documentației de atribuire, orice demers împotriva acestora fiind tardiv formulat, termenul de contestare fiind cu mult depășit, data luării la cunoștință de prevederile documentației de atribuire, conform art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, fiind data publicării în SEAP a acesteia.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată lipsa de temei a acestora, termenul de contestare fiind prevăzut expres la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, raportarea făcându-se la data luării la cunoștință despre un act al autorității contractante organizatoare a procedurii de atribuire, și nu de la data luării la cunoștință despre un act emis de o terță parte, care nu are nicio calitate în prezenta procedură.

9. Contestatoarea critică clarificarea procedurii de restituire a garanției de bună execuție.

S-au susținut următoarele: *Prin solicitarea de clarificare s-a indicat că obligațiile privind garanția de bună execuție trebuie să țină cont de diferența mare de timp între livrare (când se restituie **50%**) și prestarea serviciilor de mentenanță (când se restituie restul).*

*Sens în care, în mod justificat, s-a solicitat ca garanția de **bună execuție** fie (i) să fie limitată la **10%** din prețul trenului și cu valabilitate până la sfârșitul perioadei de garanție, fie (ii) să fie redusă după sfârșitul perioadei de garanție la **10%** din valoarea serviciilor încă restante.*

ARF nu a înțeles solicitarea de clarificare și a menționat în mod expeditiv că garanțiile sunt cele prevăzute prin documentație.

Propunerile de adaptare a modului de restituire a garanției au fost respinse de ARF fără explicații concrete.

Contrar susținerilor contestatoarei, și față de această solicitare se reține că, deși se susține că se critică răspunsul la clarificări, în realitate, sunt criticate aspecte ale documentației de atribuire. Față de documentație, criticile sunt tardiv formulate, le nefiind modificate prin clarificări. Astfel fiind, rămân valabile cele mai sus reținute în motivarea criticilor de la punctul anterior.

10. Contestatoarea critică clarificarea modului de defalcare procentuală a prețului și volumul de informații și date solicitate potrivit secțiunii 14.3 din Caietul de sarcini.

În Caietul de sarcini 14.3 - *Contractantul solicită ca din cauza secretului comercial, domeniul de date furnizate la acest punct să fie limitat la minimul necesar, suficient pentru ca Autoritatea Contractantă să evalueze corectitudinea ofertei depuse. Solicităm ca defalcarea procentuală să se refere la vehiculul întreg (care parte din costul reviziei se referă la manoperă, servicii, materiale etc.), și nu separat la elementele sale principale.*

În cazul reviziilor cu valoare redusă, cum ar fi nivelurile P1-P3, defalcarea prețului în componente și mai mici nu va avea nicio valoare pentru lizibilitatea ofertei.

În răspunsul consolidat nr. 22/470/06.09.2022, autoritatea a răspuns: Având în vedere solicitările caietului de sarcini, conformitatea ofertei

depusă va fi verificată în funcție de defalcarea procentuală așa cum este documentată în caietul de sarcini.

În răspunsul consolidat nr. 22/519/22.09.2022 a adăugat: Luând în considerare că **RE-R** achiziționate sunt proprietatea și administrarea Autorității contractante, și după finalizarea contractului de achiziție, informațiile solicitate sunt necesare pentru bugetarea adecvată a întreținerii trenurilor pe întreaga durată de viață a acestora (**62 RE-R**).

Așadar, se observă din nou că întrebarea adresată nu este de clarificare a documentației de atribuire, care nu îi era cu nimic neclară contestatoarei, ci urmărește modificarea ei. Or, această modificare trebuia solicitată în termenul legal raportat la data publicării documentației, astfel că rămân valabile cele reținute la punctele anterioare (9 și 10).

11. Contestatoarea critică modul de clarificare a plafonului aplicabil penalităților

S-au susținut următoarele: *Cu referire la clauza 5.2 (i) din Contract (care precizează că penalitățile ce pot fi solicitate de ARF nu pot depăși 50% din Prețul final) s-a solicitat clarificarea modului în care se corelează această prevedere cu clauza 3.2.1 f) în cuprinsul căreia este indicat că depășirea de către penalitățile de întârziere a 10% din Prețul Contractului îndreptățește ARF să rezilieze Contractului.*

Totodată, prin solicitarea transmisă, s-a cerut clarificarea faptului dacă limita de 50% se aplică penalităților de întârziere sau oricărui fel de daune ce pot fi pretinse de ARF.

Autoritatea contractantă a clarificat acest aspect: Având în vedere ca sunt termene pentru două situații diferite în cele două litere ale articolului se mențin prevederile din modelul de contract și din documentația de atribuire.

În răspunsul consolidat nr. 22/519/22.09.2022, s-a adăugat: în cazul penalizării cu **10%**, Autoritatea contractantă efectuează o analiză de oportunitate a continuării contractului, iar în momentul atingerii pragului de **50%**, Autoritatea contractantă va activa clauzele de reziliere (**7.5**) prevăzute în contract.

La art. 5.2 (i) din Contract, s-a prevăzut: „În cazul în care, din culpa sa proprie, **Furnizorul nu realizează activitățile în cadrul Contractului conform Graficului de livrare și/sau Planului de mentenanță**, iar Autoritatea Contractantă este în imposibilitatea materializării beneficiilor anticipate și comunicate prin intermediul Caietului de Sarcini, până la Finalizare, Furnizorul platește Autoritatea Contractantă va fi îndreptățită să perceapă de la Furnizor penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor sale. Penalitățile care pot fi solicitate de Autoritatea Contractantă **nu pot depăși limita maximă de 50%** din valoarea Contractului / limita maximă reprezentând Pretul final al Contractului”.

La art. 3.2.1 f) s-a prevăzut: **Dacă Furnizorul nu furnizează Produsele și/sau nu prestează Serviciile de mentenanță în condițiile și termenele astfel cum au fost stabilite prin Documentele Contractului**, Autoritatea Contractantă este îndreptățită, fără necesitatea vreunei notificări și fără a exclude alte căi de sancțiune din contract, să pretindă penalități contractuale pentru fiecare zi de întârziere.

În cazul în care, din vina sa exclusivă, Furnizorul nu își îndeplinește obligațiile asumate pentru contract, Autoritatea Contractantă are dreptul să perceapă de la Furnizor penalități contractuale, pentru fiecare zi de întârziere, egale cu rata dobânzii

de referință a Băncii Naționale a României la care se adaugă 8 (opt) puncte procentuale, aplicate la valoarea produselor sau serviciilor de mentenanță neconforme, după caz.

Dacă penalitățile de întârziere depășesc 10% din Prețul Contractului, Autoritatea Contractantă, după notificarea Furnizorului, poate să dispună încetarea contractului conform clauzei 7.5 din prezentul contract. (...)

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a pus în corelare informațiile de la cele două articole din modelul de contract (5.2 i) și 3.2.1 f), în sensul că, deși a susținut că sunt pentru situații diferite, din conținutul celor două articole rezultă că acestea privesc neexecutarea în termen a obligațiilor contractuale. Or, într-un caz s-a făcut referire la încetarea contractului dacă penalitățile depășesc 10%, în celălalt caz, s-a prevăzut că Penalitățile care pot fi solicitate de Autoritatea Contractantă **nu pot depasi limita maximă de 50%.**

Prin clarificări s-a menționat că, în cazul penalizării cu **10%**, Autoritatea contractantă efectuează o analiză de oportunitate a continuării contractului, iar în momentul atingerii pragului de **50%**, Autoritatea contractantă va activa clauzele de reziliere **(7.5)** prevăzute în contract.

Or, pe de o parte, nu s-a stabilit dacă se modifică art. 3.2.1 f) din modelul de contract și nu mai intervine posibilitatea încetării contractului la nivelul de penalități de 10%, iar pe de altă parte, nu s-a menționat dacă procentul de 50% *se aplică penalităților de întârziere sau oricăror fel de daune ce pot fi pretinse de ARF.*

Așadar, autoritatea contractată trebuie să transmită un răspuns clar, în care să explice ce anume a avut în vedere utilizând procente diferite la cele două articole din contract, care ar fi cele două situații diferite, să coreleze informațiile furnizate și să răspundă dacă se referă doar la penalități de întârziere sau alte daune.

12. Contestatoarea critică ajustarea plafonului procentual pentru compensarea furnizorului în caz de denunțare.

S-a susținut că: *Raportat la compensarea furnizorului în cazul în care ARF decide denunțarea contractului de către ARF potrivit art. 7.4.1 coroborat cu art. 7.4.2 din Contract, s-a solicitat majorarea plafonului procentual aplicat de la 3% la 10% din Prețul Contractului.*

ARF a respins solicitarea în mod expeditiv, fără o minimă analiză și fără a furniza vreo explicație.

În modelul de contract s-a prevăzut:

- art. 7.4.1. Încetarea Contractului ca urmare a Forței majore

Dacă forța majoră și consecințele acesteia durează pentru o perioadă mai mare de 6 (șase) luni, fiecare Parte poate renunța la executarea Contractului. În acest caz, niciuna dintre Părți nu are dreptul de a cere despăgubiri de la cealaltă Parte, dar acestea au îndatorirea de a-și onora toate obligațiile care le incumbă în temeiul Legii și al Contractului până la data respectivă.

După încetare pentru caz de forță majoră, Autoritatea Contractantă cu promptitudine:

(i) va restitui Furnizorului Garanția de Bună Execuție;

(ii) va plăti Furnizorului:

a. sumele datorate conform clauzei 6.8., și

b. orice alte Costuri suportate după sau în legătură cu rezilierea. Suma maximă a acestora va fi de 3% din Prețul Contractului.

- art. 7.4.2. Încetarea Contractului pentru non-performanță

Autoritatea Contractantă își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul, printr-o notificare scrisă adresată Furnizorului, fără nicio compensație într-una dintre următoarele situații:

(a) Contractul a făcut sau face obiectul unei modificări (substanțiale sau în alt fel) care, în conformitate cu prevederile Legii, necesită o nouă procedură de atribuire,

(b) Contractul nu ar fi trebuit să fie atribuit Furnizorului, având în vedere o încălcare gravă a obligațiilor care rezultă din tratate și din directive europene în materie de achiziții publice, declarată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene printr-o procedură în temeiul articolului 258 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene; sau

(c) se produc evenimente sau circumstanțe care nu pot fi controlate de către Părți (incluzând forța majoră dar nelimitându-se la aceasta), care fac imposibilă sau ilegală, pentru una dintre Părți sau pentru ambele Părți, îndeplinirea obligațiilor lor contractuale sau care, potrivit prevederilor Legii, îndreptățesc Părțile de a fi scutite de executarea ulterioară a Contractului, atunci, în baza unui preaviz transmis în scris de către Autoritatea Contractantă Furnizorului, cu privire la acele evenimente sau circumstanțe și cu respectarea unui termen de 15 (cincisprezece) zile înainte de data la care intenționează să denunțe Contractul:

(i) Părțile vor fi scutite de executarea ulterioară a Contractului, fără a prejudicia drepturile fiecărei Părți în legătură cu orice încălcare anterioară a Contractului; și

(ii) procedura aplicabilă și suma plătită de către Autoritatea Contractantă Furnizorului vor fi aceleași ca și când Contractul ar fi fost reziliat pe caz de forță majoră.

Prin răspunsul consolidat din 22.09.2022, autoritatea contractantă a clarificat cerințele astfel: Art. 7.4.1 coroborat cu 7.4.2 denunțare unilaterală - se vor plăti furnizorului „orice alte Costuri suportate după sau în legătură cu rezilierea. **Suma maximă a acestora va fi de 10% din Prețul Contractului.**”

Prin urmare, critica este rămasă fără obiect, deoarece a fost admisă, procentul de 3% a fost modificat cu cel de 10%.

13. Contestatoarea critică clarificarea sintagmei de "costuri suplimentare" în caz de denunțare.

S-au susținut următoarele: *Fiind precizată în mod expres necesitatea ca pentru a putea fi respectate termenele strânse de livrare furnizorul trebuie să producă în avans trenuri și să achiziționeze în avans materiale și echipamente, s-a solicitat a se clarifica dacă **prin sintagma "costuri suplimentare" ce pot fi revendicate în acord cu art. 6.8, 6.11. 7.4.1 și 7.4.2 în cazul denunțării unilaterale, se înțeleg și costurile suportate pentru fabricarea trenurilor încă nerecepționate și asigurarea mentenanței acestora (costuri care se referă, între altele, la achiziția de materiale, echipamente, servicii de proiectare, producție, mentenanță. etc.).***

Autoritatea contractantă comunică în răspunsul la Note scrise următoarele aspecte:

Cu privire la critica formulată de contestatoare la acest punct, Autoritatea contractantă, a clarificat acest aspect prin Clarificarea din Oficiu nr. 22/547/ 28.09.2022, respectiv:

„Conform art. 6.8. din contract: „După încetarea Contractului înainte de Finalizare, oricare ar fi motivul încetării, Furnizorul este îndreptățit să fie plătit pentru valoarea Produselor livrate și recepționate și pentru valoarea Serviciilor de mentenanță prestate și acceptate de Autoritatea Contractantă [...] în cazul rezilierii Contractului din vina Furnizorului, Autoritatea Contractantă nu va fi obligată să facă nicio plată până la stabilirea tuturor implicațiilor financiare ale rezilierii”.

*În cadrul întregului **model** de contract publicat în SEAP și a întregii legislații în vigoare **nu se plătește niciun produs/serviciu nerecepționat de către Autoritatea contractantă.***

Se observă din cele de mai sus că autoritatea contractantă a răspuns în mod clar la întrebarea contestatoarei, în sensul că nu va plăti ceea ce **nu este recepționat**.

Câtă vreme a răspuns întrebării adresate, Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să transmită un nou răspuns.

Contestatoarea critică faptul că AFR nu explică ce înseamnă costuri suplimentare la care furnizorul este îndreptățit în caz de denunțare unilaterală, invocând art. 1276 Codul civil. Or, întrebarea societății a privit clarificarea sintagmei de costuri suplimentare, în sensul de a se preciza dacă prin acestea se *înțeleg și costurile suportate pentru fabricarea trenurilor încă **nerecepționate** și asigurarea mentenanței acestora*. Răspunsul a fost clar în sensul că nu se plătește un produs/serviciu nerecepționat.

Dacă dorea să cunoască ce înseamnă “costuri suplimentare” trebuia adresată întrebarea întocmai, nu să facă referire la trenurile nerecepționate și, ulterior primirii răspunsului, să îl considere nesatisfăcător.

Astfel fiind, critica contestatoarei se constată a fi nefondată.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu, și va obliga autoritatea contractantă la a răspunde solicitărilor de clarificări conform celor reținute în motivare.

Va fi respins capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor determinate de soluționarea cauzei, nefiind depuse dovezi în acest sens.

Trecând la analiza celei de-a treia contestații, Consiliul constată că societatea SA solicită anularea procedurii ca nelegale cerințele tehnice ale documentației ARF pentru numărul de scaune și moneda în care se desfășoară procedura de atribuire.

Prima critică referitoare la determinarea sarcini maxime pe osie este rămasă fără obiect, deoarece ARF a luat măsuri de remediere, iar prin adresa din 27.09.2022, Note scrise, contestatoarea a menționat că nu mai subzistă critica.

A doua critică se referă la reducerea numărului de scaune impus, inițial, prin cerințele caietului de sarcini, nu a fost remediată; argumentele formulate prin contestație subzistă, asadar, în raport de această critică, reglementarea/modificarea din clarificare, ca și aspectele

evidențiate prin punctul de vedere, fiind de natură să avantajeze anumite categorii de operatori, fiind totodată și contrare normelor obligatorii la care s-a referit în contestație.

Autoritatea contractantă, prin răspunsul la Note scrise nr. 48485/03.10.2022, comunică următoarele:

Cu privire la critica „referitoare la reducerea nr. de scaune impus, inițial, prin cerințele Caietului de sarcini” (lit. b) precizăm faptul că numărul maxim până la care se evaluează oferta este de 250 de scaune fixe, aspect ce nu reprezintă un element limitativ, ofertantul putând propune un număr mai mare de scaune decât nivelul superior din factorul de evaluare, dar nu se punctează suplimentar.

Ținem să menționăm faptul că, în conformitate cu Fișa de date a achiziției (FDA) aferenta Anunțului de participare nr. CN1042687/15.05.2022, numărul minim de scaune fixe solicitate este de 200, iar numărul maxim de scaune fixe, până la care se aplică factorul de evaluare „Plusvaloare”, este de 250.

Având în vedere aspectele de mai sus precizăm că prin tot ceea ce întreprinde nu a urmărit avantajarea niciunei categorii de operatori, contrar celor afirmate de către contestatoare.

Contestatoarea a criticat faptul că modificarea numărului de uși impune tipologii de calcule diferite și alte structuri constructive ale unității. În acest sens, rămân valabile cele reținute în motivarea contestației cu privire la aceleași aspecte, urmând a fi prelungit termenul pentru depunerea ofertelor cu 45 zile calculate de la data publicării măsurilor de remediere luate în urma pronunțării deciziei Consiliului.

A treia critică se referă la posibilitatea de exprimare a valorii achiziției în euro sau cel puțin a valorilor relevante în Euro (sau, macar, stabilizarea acestora într-o monedă - Eur - cu fluctuații mai mici).

Autoritatea contractantă, prin răspunsul la Note scrise înregistrat la Consiliu nr. 48485/03.10.2022, comunică următoarele:

Privitor la critica „referitoare la posibilitatea de exprimare a valorilor relevante în Euro (sau, măcar, stabilizarea acestora într-o monedă- Eur - cu fluctuații mai mici)” (lit. c) menționăm faptul că procedura aflată în derulare s-a realizat în moneda națională, respectiv Ron, conform prevederilor art. 12 pct. (5) lit. c) din Anexa de la HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Mai mult, precizăm următoarele:

- autoritatea contractantă este o instituție de drept public finanțată integral de la bugetul de stat și se supune prevederilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice, cu modificările și completările ulterioare;

- previziunile bugetare precum și realizarea estimărilor în ceea ce privește achizițiile publice, la nivelul instituției noastre, se realizează exclusiv în moneda națională - Ron;

- în documentația de atribuire și în Fișa de date aferente acestei proceduri de atribuire, moneda de referință este Ron;

- valorile estimate ale acestui proiect de investiții sunt exprimate în lei și au fost aprobate prin HG nr. 1226/17.11.2021 și apoi reactualizate

prin HG nr.904/13.07.2022, în conformitate cu prevederile art. 42 pct. 1 lit. a) din Legea nr.500/20202, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, considerăm faptul că prin modificarea monedei s-ar încălca prevederile Legii nr. 500/2002, ale HG nr. 1226/2021 și ale HG nr. 904/2002, creându-se un real avantaj ofertantului care solicită această modificare, creându-se în același timp un dezavantaj evident pentru ceilalți potențiali ofertanți.

De asemenea se poate constata că nu ar fi respectat nici principiul tratamentului egal, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește achizițiile publice în România și posibilitățile tehnice ale platformei SEAP achizițiile se pot efectua în moneda națională sau moneda Euro cu condiția alegerii monedei de prezentare a ofertei încă de la data lansării procedurii în platforma SEAP.

Astfel cum recunoaște și contestatoarea, lansarea procedurii s-a realizat în moneda națională, așadar, aceasta a cunoscut această informație încă de la data publicării anunțului de participare.

Criticarea unei cerințe din documentația de atribuire este, în mod evident tardivă, la aproape 6 luni de la data publicării anunțului de participare (15.05.2022).

Cerința *nu a fost modificată* în urma răspunsurilor consolidate, astfel că forma ei a rămas cea de la data anunțului publicat.

Cum s-a arătat și în motivarea contestației formulate de SRL, niciunde în legislația privind achizițiile publice nu se prevede obligația autorității contractante de a modifica o cerință din documentație ca urmare a unei cereri de clarificări. De altfel, se poate observa că cererea adresată de petentă nu este de *clarificare* a informațiilor din anunțul de participare, al cărui conținut îi era foarte clar contestatoarei, ci de modificare a unei cerințe cuprinse în acest document. Or, în cazul în care dorea modificarea cerinței, această solicitare trebuia realizată în termenul legal raportat la data publicării documentației de atribuire.

Prin urmare, se constată caracterul nefondat al criticii.

În considerarea celor prezentate, va fi admisă, în parte, contestația SA.

Va fi respins, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii, având în vedere posibilitatea dispunerii unor măsuri de remediere în sensul celor arătat mai sus.

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

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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca rămasă fără obiect, capetele de cerere privind obligarea autorității contractante la eliminarea contradicțiilor din răspunsurile la solicitările de clarificări aferente loturilor 1, 2 și 3, și obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor pentru loturile 1, 2 și 3, din contestația formulată de SA, în contradictoriu cu

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestațiile formulate de SRL și SA, în contradictoriu cu, și obligă autoritatea contractantă să răspundă în mod clar și complet la solicitările de clarificări, cu respectarea celor din motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei. În cadrul aceluiași termen, răspunsurile vor fi publicate în SEAP. Va fi stabilit un nou termen de depunere a ofertelor, nu mai devreme de 45 zile de la data publicării răspunsurilor la clarificări.

În temeiul art. 26 lin. (6) din lege, respinge, ca rămasă fără obiect, capătul de cerere privind anularea răspunsului consolidat în partea ce privește modalitatea de calcul a sarcinii maxime pe osie, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind recunoașterea valorii în euro și capătul de cerere privind anularea procedurii, din contestația SA.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor determinate de soluționarea contestației, din contestația SRL.

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

Redactată în 6 exemplare, conține 33 pagini