



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 4271/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47447/30.10.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., prin ... cu sediul în ... având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ... și CUI ..., reprezentată convențional prin ... cu sediul în ..., împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect de *„Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții ”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaș Gr.D” Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții ”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad” – lot 1,2, organizată de ... cu sediul în ..., s-a solicitat:*

- modificarea documentației de atribuire în sensul remedierii neregulilor și ilegalităților semnalate prin intermediul contestației,
- în cazul în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire sau obligarea entității contractante la luarea măsurii de anulare a procedurii.

Prin contestația nr. 4272/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47452/30.10.2020, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ... și CUI ..., reprezentată convențional prin ... cu sediul în ..., împotriva procedurii prin licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect de *„Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții ”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaș Gr.D” Lot 2: Proiectare*

și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad",
- lot 2, organizată de ... cu sediul în ..., s-a solicitat:
- modificarea documentației de atribuire în sensul remedierii neregulilor și ilegalităților semnalate prin intermediul contestației,
- în cazul în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire sau obligarea entității contractante la luarea măsurii de anulare a procedurii
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

Prin contestația nr. 1717/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47460/30.10.2020, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ... și CUI ..., reprezentată convențional prin ... cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ... împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect de *„Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaș Gr.D" Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaș Gr. D – Arad" – lot 1,2, organizată de ... cu sediul în ..., s-a solicitat:*

- completarea documentației de atribuire prin furnizarea informațiilor tehnice strict necesare elaborării unei oferte competitive,
- modificarea cerinței minime de calificare privind experiența similară în prestarea serviciilor de proiectare în sensul extinderii perioadei de raportare la 10 ani, în corelare cu perioada stabilită pentru experiența similară în execuția de lucrări,
- prelungirea termenului de depunere a ofertelor pentru asigurarea timpului necesar adaptării ofertei la modificările documentației de atribuire.

De asemenea, s-a solicitat de către cele trei contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestațiilor. Prin Încheierea nr. .../C4/.../..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestațiilor, pe care l-a respins ca nefondat.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ..., nr. ... și nr. ... au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire.

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

Prin contestația nr. 4271/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47447/30.10.2020, ... SA, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de

atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire.

Contestatoarea menționează că condiția suspensivă de obținere a finanțării, nelimitată în timp și la discreția ..., contravine obligațiilor entității contractante legate de asigurarea finanțării și încheierea contractului, putând amâna semnarea contractului sine die, inclusiv pentru motive care țin exclusiv de

Contrar restricțiilor imperative impuse prin HG nr. 1/2018, entitatea contractantă a introdus în proiectul de contract condiții speciale nelegale.

În contextul în care nu sunt incluse în lista subclauzelor și subiectelor care permit introducerea unor condiții speciale, condițiile introduse de ... sunt nule.

Anexa nr. 2 a HG nr. 1/2018 prevede în mod expres că: *"Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă".*

Transmiterea către Antreprenor a riscurilor puse de Guvern în sarcina Beneficiarului reprezintă, de asemenea, o modificare nelegală și abuzivă a condițiilor contractuale stabilite prin HG 1/2018.

Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată este de 3.917.081.120,59 lei. Astfel, procedura este una dintre cele mai mari și valoroase proceduri de achiziție publică organizate în România.

Cu toate acestea, contrar standardelor de diligență impuse de organizarea unei proceduri cu o valoare atât de mare, documentația de atribuire publicată conține o multitudine de prevederi prin care este încălcată legea.

Cu precădere, condițiile contractuale impuse ofertanților sunt abuzive și contravin atât prevederilor HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice (HG nr. 1/2018), cât și legislației achizițiilor publice.

Contestatoarea învederează că condiția suspensivă prevăzută de CFR îi conferă entității o libertate de apreciere nelimitată care poate anihila obligația legală a acesteia de a încheia contractul cu ofertantul câștigător.

În cadrul capitolului II. 1.4 [Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor] din fișa de date este impusă următoarea clauză suspensivă: *"Procedura de atribuire se desfășoară sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că semnarea contractului de proiectare și execuție lucrări se va face numai după asigurarea sursei de finanțare. Se estimează că perioada pe parcursul căreia se aplică clauza suspensivă este de 12 luni de la aprobarea raportului procedurii".*

Astfel, entitatea a prevăzut în cadrul documentației de atribuire o clauză prin care va putea să amâne încheierea contractului cu ofertantul câștigător sine die, independent de diligențele pe care ar putea sau nu să le depună pentru obținerea finanțării și independent de probabilitatea obținerii finanțării necesare.

Astfel, în totală contradicție cu obligațiile legale care îi revin, entitatea contractantă și-a asigurat o „portiță” de anulare a procedurii la

aprecierea sa exclusivă, fiind suficientă abandonarea oricăror eforturi de obținere a unei finanțări de către ... pentru ca condiția suspensivă să nu fie niciodată îndeplinită.

Termenul de 12 luni menționat nu reprezintă nicio garanție al unui angajament din partea ..., fiind vorba doar de o estimare.

Potrivit art. 149 din HG nr. 394/2016, încheierea contractului reprezintă o obligație pentru entitatea contractantă, iar nu o opțiune: *„Entitatea contractantă are obligația de a încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

Lansarea unei proceduri de achiziție publică presupune un întreg proces de analiză premergător, care trebuie parcurs de entitatea contractantă, tocmai pentru a determina dacă achiziția este cu adevărat necesară și, la fel de important, dacă entitatea dispune de resursele necesare, în special finanțarea.

Potrivit art. 13 alin. (3)-(4) și art. 15 alin. (2) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă are obligația de a-și actualiza programul anual al achizițiilor sectoriale în funcție de fondurile aprobate, de a menționa în program sursa de finanțare și de a opera modificări în program cu condiția identificării surselor de finanțare.

Este, astfel, evident că identificarea finanțării pentru un contract de achiziție publică este crucială, fiind vorba de o operațiune anterioară organizării și lansării procedurii concurențiale de ofertare, tocmai pentru a nu antrena cheltuieli inutile atât din partea entității, cât și din partea ofertanților, pentru un contract din start irealizabil.

Odată lansată, entitatea contractantă nu o poate anula la libera sa apreciere, ci doar în anumite cazuri extrem de limitate prevăzute de lege, având obligația (nu dreptul) de a încheia contractul cu ofertantul câștigător - prevederi legale justificate de eforturile considerabile pe care trebuie să le depună și ofertanții cu participarea în procedură, eforturi care altfel ar putea rămâne în van.

Astfel, o clauză care îi permite entității să abandoneze sau să tergiverseze eforturile de a obține finanțarea și, implicit, procedura de atribuire, este în totală contradicție cu obligațiile care îi revin în temeiul legii.

Acest lucru rezultă și din notificarea ANAP nr. 256/8.12.2016 de aprobare a modelului de fișă de date, versiunea decembrie 2016, în care ANAP precizează că o „clauză suspensivă” referitoare la obținerea finanțării clauză *„nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență, sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art.143 din HG nr.395/2016 stabilește obligația autorității contractante de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”*.

Clauza suspensivă prevăzută de entitate este inacceptabilă și nelegală. Entitatea ar trebui să își asume un termen în care să obțină finanțarea, nu doar să estimeze un termen neangajant și orientativ.

De asemenea, clauza suspensivă trebuie reformulată, astfel încât să nu permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului, conform îndrumării ANAP.

Formularea actuală permite interpretări care ar transforma-o, de facto, într-o condiție suspensivă pur potestativă în favoarea debitorului - lipsită de efecte potrivit art. 1403 din Codul Civil.

Contestatoarea invocă faptul că entitatea încearcă să impună cerințe speciale nelegale.

Prin art. 2 din HG nr. 1/2018 au fost aprobate "condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în anexa nr. 2".

În anexa nr. 2 a HG nr. 1/2018 sunt prevăzute condițiile generale (denumite în continuare "Condiții Generale") și este indicat că acestea sunt pe deplin aplicabile și obligatorii cu excepția condițiilor specifice/speciale (denumite în continuare "Condiții Speciale") care pot fi agreate de părți, dar în privința cărora sunt prevăzute în mod expres limite concrete de valabilitate:

"Acele Condiții Specifice, denumite și Condiții Speciale, privind contractele de proiectare și execuție de lucrări, completează, clarifică, amendează sau instituie excepții de aplicabilitate de la Condițiile Generale de Contract. Prevederile clauzelor neschimbate de prezentele Condiții Speciale sunt valabile în forma dată de Condițiile Generale. În cazul unor neconcordanțe între Condițiile Speciale și Condițiile Generale, primează prevederile Condițiilor Speciale. Numerotarea clauzelor Condițiilor Speciale nu este consecutivă, corespunde sau completează numerotarea clauzelor Condițiilor Generale.

Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă.

Clauza 5 - Supervizorul și reprezentantul Supervizorului	
5.1.	Sarcinile supervizorului
Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului	
8.2.	calendar pentru furnizarea unui exemplar complet al tuturor Documentelor Beneficiarului
Clauza 9 - Acces pe Șantier	
9.1.	termene și sectoare pentru punerea la dispoziție a Șantierului
9.2.	accesul pe Șantier a altor persoane
Clauza 10 - Autorizații și asistență privind legea	
10.1.	responsabilități privind autorizațiile de construire
Clauza 19 - Proiectarea de către Antreprenor	
19.2.	modalități și calendarul de aprobare a proiectării elaborate de

	către Antreprenor
Clauza 24 - Interferențe cu traficul și căile de acces	
24.1.	măsura în care pot fi afectate traficul și căile de comunicații
Clauza 44 - Principii generale	
44.1.	moneda sau monedele Contractului
Clauza 45 - Valoarea Contractului	
45.4	prevederile referitoare la măsurare și evaluare pentru părțile din Lucrări plătibile conform cantităților furnizate sau lucrărilor efectuate și identificarea acestor părți

Sunt astfel indicate în mod limitativ aspectele contractuale care pot devia de la Condițiile Generale aprobate de Guvern și este prevăzută sancțiunea încălcării limitelor impuse - nulitatea clauzelor/condițiilor contractuale.

Entitatea contractantă a inclus în documentația de atribuire atât Condițiile Generale aprobate de Guvern cât și o listă sumară de 4 Condiții Speciale care, de altfel, se încadrează în limitele impuse prin prevederi HG 1/2018.

Cu toate acestea, entitatea contractantă a introdus în documentația de atribuire modificări semnificative ale Condițiilor Generale, introducând obligații contractuale extrem de abuzive pe care ofertanții trebuie să și le asume, instituind reguli speciale și derogatorii de la clauzele generale ale HG nr. 1/2018 și care nu au nicio legătură cu subclauzele și subiectele listate în tabelul din Anexa 2 a HG nr. 1/2018, fiind, în consecință, nule.

Contestatoarea invocă de ademenă, modificări nelegale și abuzive cu privire la răspunderea contractuală și riscurile lucrărilor ce formează obiectul contractului

Prin capitolul 3.4 Ipoteze și Riscuri al celor două caiete de sarcini, entitatea a prevăzut că:

„Antreprenorul/Contractantul își va asuma riscurile generale, identificate de entitatea contractantă, prin participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului, le va include în prețul ofertei și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate”.

În continuare, entitatea a prevăzut 10 categorii de riscuri față de care Antreprenorul nu poate avea nicio pretenție față de entitatea contractantă în cazul materializării acestora, deși multe dintre ele sunt puse în sarcina Beneficiarului de către legiuitor.

În primul rând, o astfel de condiționare este în mod greșit introdusă în caietul de sarcini. Potrivit art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, caietul de sarcini *”conține în mod obligatoriu specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante”.*

Caietul de sarcini nu poate conține aspecte și condiții contractuale privind răspunderea părților, acestea neputând fi asimilate specificațiilor tehnice.

Singurul motiv pentru care entitatea putea alege să introducă aceste prevederi în caietul de sarcini este acela al ascunderii unei condiții speciale nelegale.

În al doilea rând, indiferent de localizarea lor în cadrul documentației de atribuire, cerința entității referitoare la extinderea răspunderii contractuale a antreprenorului reprezintă o încălcare a restricțiilor impuse prin HG nr. 1/2018, echivalând, în esență, cu introducerea unor Condiții Speciale suplimentare nepermise.

Antreprenorul nu își poate asuma orice fel de riscuri, indiferent de natura sau cauza lor și nici HG nr. 1/2018 nu permite o asemenea abordare discreționară.

Potrivit clauzei 68.1. Riscurile Beneficiarului din Condițiile Generale (clauză nemodificabilă prin intermediul Condițiilor Speciale) următoarele riscuri sunt considerate a fi în sarcina entității contractante:

"Riscurile Beneficiarului sunt următoarele:

(a) emiterea de către Supervizor a unui Ordin Administrativ cu nerespectarea clauzelor prezentului Contract, inclusiv în caz de întârziere a emiterii;

(b) nerespectarea clauzelor prezentului Contract privind punerea la dispoziție a Șantierului de către Beneficiar, inclusiv în caz de întârziere a punerii la dispoziție;

(c) erori în repere și sisteme de referință topografice, inițial prevăzute în Contract sau comunicate de Supervizor, pe care un antreprenor diligent nu ar fi putut să le identifice astfel încât să evite întârzieri sau costuri suplimentare;

(d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului;

(e) condiții fizice naturale sau artificiale, inclusiv muniții neexplodate sau utilități subterane, precum și alte obstacole fizice sau factori poluanți, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzute de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, care apar în decursul execuției Lucrărilor, cu excepția condițiilor meteorologice adverse excepționale;

(f) descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei;

(g) întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervizor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale;

(h) suspendarea Lucrărilor de către Supervizor din motive care nu sunt imputabile Antreprenorului;

(i) folosirea unor părți din Lucrări înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor, altfel decât în modul prevăzut în Contract;

(j) eliminarea din obiectul Contractului a unor Lucrări sau părți din Lucrări; (k) modificarea Legii după Data de Referință;

(l) forța majoră".

Or, acestea nu pot fi transferate în sarcina antreprenorului așa cum încearcă entitatea prin capitolul 3.4 din caietul de sarcini menționând că antreprenorul își asumă riscul și răspunderea nelimitată pentru:

- *"descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauza 68.1 (f) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervizor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauzei 68.1 (g) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"prelungirea timpului necesar din cauza complexității execuției lucrărilor, datorită necesității executării unor lucrări ascunse și neprevăzute"* - risc contractual subsumat Clauzei 68.1 (e) din Condițiile Generale aprobate prin HG 1/2016;

- *"identificarea incompletă a rețelelor de utilități sau a proiectelor de obiective/obiectivelor care au incidență cu proiectul"* - risc contractual subsumat Clauzei 68.1 (d) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"modificarea Legii după Data de Referință"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauza 68.1 (k) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"forță majoră"* - risc care nu este suportat de niciuna dintre părți potrivit Clauzei 66.1 din Condițiile Generale potrivit căreia *"niciuna dintre Părți nu va fi considerată în culpă și nu se va considera că și-a încălcat obligațiile ce îi revin prin Contract dacă îndeplinirea acestor obligații este împiedicată de orice circumstanțe de forță majoră ce apar după data semnării Contractului"*.

În privința acestor elemente, capitolul 3.4 din caietul de sarcini conține cerințe care sunt nule absolut în condițiile în care determină modificări nepermise ale Condițiilor Generale, în vădită contradicție cu prevederile imperative ale HG nr. 1/2018.

Ca atare, se impune înlăturarea capitolului 3.4 din caietul de sarcini și modificarea acestuia în vederea eliminării cerințelor care, în fapt, echivalează cu introducerea mascată a unor Condiții Speciale suplimentare și nepermise.

Contestatoarea invocă totdată și transmiterea nelegală către Antreprenor a riscurilor legate de documentația deficitară realizată de Beneficiar

Entitatea contractantă a prevăzut patru condiții speciale, identice pentru ambele loturi, în legătură cu subclauzele și subiectele pentru care avea dreptul să prevadă condiții speciale, derogatorii de la cele generale, conform HG nr. 1/2018. Una dintre aceste condiții speciale se referă la Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului.

Deși avea dreptul să introducă condiții speciale cu privire la Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului, entitatea s-a folosit de acest drept în mod abuziv, introducând prin condiția specială din această clauză o modificare substanțială și abuzivă care nu are nicio legătură cu Furnizarea Documentelor Beneficiarului.

Astfel, după ce primul paragraf stabilește termenul în care Supervizorul transmite gratuit Antreprenorului Documentele Beneficiarului sau confirmarea faptului că toate documentele relevante au fost deja furnizate ca parte a documentației de atribuire, entitatea introduce un al doilea paragraf, fără nicio legătură cu primul sau cu subiectul clauzei, prin care prevede că:

„Beneficiarul nu va fi responsabil de orice eroare, inacuratețe sau omisiune de orice fel din caietul de sarcini inclus inițial în Contract și nu va fi obligat să fi demonstrat acuratețea sau completitudinea oricăror date sau informații, dacă un antreprenor cu experiență nu a descoperit eroarea atunci când a studiat caietul de sarcini, înainte de data semnării Contractului.”

Acest paragraf reprezintă o modificare/condiție specială față de Clauza 68 - Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri care prevede că sunt în sarcina Beneficiarului riscurile referitoare la:

„(c) erori în repere și sisteme de referință topografice, inițial prevăzute în Contract sau comunicate de Supervizor, pe care un antreprenor diligent nu ar fi putut să le identifice astfel încât să evite întârzieri sau costuri suplimentare;

(d) erori, deficiențe și/sau caracter incomplet ale Cerințelor Beneficiarului și/sau ale Documentelor Beneficiarului”.

Practic, în mod complet impropriu și nelegal, entitatea introduce o condiție specială cu privire la clauza Clauza 68 - Riscuri, alocarea riscurilor și despăgubiri, pe care nu avea dreptul să o modifice, în cadrul unei clauze pe care avea dreptul să o modifice, însă fără legătură cu aceasta din urmă, pentru a crea o aparență de legalitate.

Dincolo de interdicția din HG nr. 1/2018 de a modifica prin condiții speciale clauza 68, deci de a transfera acest risc către Antreprenor, este abuziv ca ofertanții să își asume greșelile și omisiunile din documentația întocmită de entitate înainte de a semna contractul.

O asemenea asumare de responsabilitate ar presupune investiții semnificative din partea ofertanților pentru verificarea amănunțită și într-un timp foarte scurt a acurateței informațiilor din caietul de sarcini - a cărei întocmire corectă ar trebui să reprezinte responsabilitatea entității contractante și premisă ofertării într-o procedură normală.

În condițiile în care niciunul dintre ofertanți nu poate avea certitudinea câștigării contractului la momentul ofertării, pentru a putea să-și recupereze aceste costuri semnificative, o asemenea abordare din partea entității este complet abuzivă și nelegală.

În aceste condiții se impune înlăturarea celui de-al doilea paragraf din Condițiile Speciale, Clauza 8 - Furnizarea Documentelor Beneficiarului, referitor la preluarea de către Antreprenor a riscului erorilor sau omisiunilor existente în caietul de sarcini.

Prin contestația nr. 4272/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47452/30.10.2020, SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire fiind identificate o serie de încălcări grave ale legislației aplicabile și, cel mai grav, structurarea obiectului achiziției și

introducerea unor elemente restrictive de natură tehnică care conferă un avantaj competitiv semnificativ uneia dintre operatorii economici concurenți.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea invocă următoarele:

- documentația de atribuire este concepută pentru a favoriza un anumit operator economic, ceea ce reprezintă o gravă încălcare a legii;
- includerea în obiectul achiziției pentru lotul 2 a liniei CF Aradu Nou - Glogovăț conferă un avantaj competitiv semnificativ pentru operatorul concurent care a implementat deja instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț;
- linia CF Aradu Nou - Glogovăț reprezintă o ramificație de cale ferată care nu face parte din coridorul Orient/Est mediteranean, fiind legată de prezenta licitație doar pentru a crea elemente care să permită favorizarea operatorului concurent;
- efectul includerii determină creșterea foarte mare a prețurilor pe care le pot oferta ceilalți participanți, fiind denaturată astfel concurența între participanți;
- documentația de atribuire cuprinde cerințe tehnice restrictive prin care participanții sunt forțați să apeleze la soluțiile tehnice ale aceluiași operator concurent;
- documentația de atribuire este incompletă;
- nu sunt prevăzute lucrările de asigurare a interoperabilității dintre sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 din cadrul Lotului 2 cu sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 implementat în cadrul proiectului de reabilitate tronson 1: Frontieră - Curtici - Arad - Km 614, nefiind incluse nici costurile aferente;
- perioada de referință prevăzută pentru cerința de calificare referitoare la experiența similară în proiectare este excesiv de restrictivă, nejustificată și creează obstacole anticoncurențiale;
- solicitările referitoare la autorizații/agremente AFER care să includă referințe la lucrări de întreținere și/sau reparații constituie, de asemenea, cerințe nejustificate care nu au nicio legătură cu obiectul contractului;
- în capitolul 3.4 din caietul de sarcini sunt introduse Condiții Speciale contractuale care încalcă în mod flagrant prevederile HG 1/2018.

În concret, contestatoarea susține că includerea în obiectul activităților solicitate pentru lotul 2 a ramificației de cale ferată Aradu Nou - Glogovăț determină favorizarea operatorului economic care a implementat instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț care se află la capătul ramificației introdusă în mod suplimentar.

Stația Glogovăț a făcut obiectul unor lucrări substanțiale de reabilitare și modernizare în cadrul *"Proiectului de reabilitare linie c.f. Frontieră -Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici -Arad - Km 614"* de care s-a ocupat concurentul Alstom (operatorul concurent).

Includerea modificărilor acestei stații în obiectul achiziției și a lucrărilor aferente care implică, de altfel, multiple alte schimbări ale sistemelor/instalațiilor puse în funcțiune deja în stația respectivă conduc la

condiționalități speciale care pot fi realizate în prezent doar de către operatorul concurent. Acestea determină modificări substanțiale ale sistemelor/instalațiilor (atât hardware, cât și software) cu implicații majore la nivelul interoperabilității zonale și evident, cu costuri uriașe.

Se creează astfel un tratament diferențial la nivelul operatorilor economici interesați în condițiile în care această împrejurare determină o creștere foarte mare a prețurilor pentru ceilalți operatori interesați să participe în procedură.

Mai mult, prin includerea lor în cadrul lotului 2 al procedurii, entitatea contractantă a ridicat aceste condiționalități la nivelul unui întreg contract de achiziție publică cu o valoare estimată de aproape 2,5 miliarde de ron care vizează, de fapt, un cu totul alt tronson.

Față de această împrejurare, față de evidenta favorizare a operatorului concurent și față de reglementările în domeniul achizițiilor publice care interzic autorităților să structureze obiectul achiziției și documentația de atribuire astfel încât să denatureze concurența, modificarea stației Glogovăț trebuia privită distinct tocmai din cauza acestor condiționalități și a avantajele substanțiale pe care le determină în licitație operatorului concurent.

Nu se identifică justificarea pentru care lucrările necesare modificării stației Glogovăț nu au fost atribuite operatorului concurent printr-o procedură directă de negociere, ci incluse într-o procedură cu un obiect mult mai amplu.

De altfel, CFR nici nu ia în considerare că modificarea configurației stației Glogovăț implică modificarea stației de centralizare electronică deja instalate care determină modificarea sistemului RBC (Radio Block Center), modificarea instalației de management a traficului și, de altfel, modificări ample ale întregului sistem zonal de interfață a sistemelor RBC.

Niciun fel de cost determinat de acestea nu este inclus în bugetul licitației și nu a fost avut în vedere în elaborarea valorii estimate a procedurii în ceea ce privește lotul 2 - ca și cum CFR ar fi luat în considerare de la bun început că operatorul concurent se va ocupa de aceste lucrări și în contextul viitorului contract ce urmează a fi atribuit.

În plus, favorizarea operatorului concurent nu se oprește aici, ci entitatea contractantă introduce cerințe și specificații tehnice restrictive care, practic, constrâng ofertanții să se raporteze la soluțiile tehnice ale aceluiași operator economic.

Totodată, documentația de atribuire este afectată de multiple alte nereguli, lipsesc mai multe informații/detalii necesare, condițiile contractuale impuse ofertanților sunt abuzive și contravin atât prevederilor HG nr. 1/2018 cât și legislației achizițiilor publice.

O cerință extrem de restrictivă este impusă și în ceea ce privește experiența similară cerută în proiectare feroviară în vederea calificării participanților în procedură, fiind impusă o perioadă de referință nejustificat de scurtă de numai 3 ani care, în realitate, are același efect al restrângerii artificiale a concurenței.

Contestatoarea invocă faptul că cerința de calificare referitoare la experiența similară în servicii de proiectare este disproporționată, restrictivă și determină restrângerea artificială a concurenței.

Conform secțiunii III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională cerința 2.) din anunțul de participare (replicată și la nivelul fișei de date) a fost impusă următoarea cerință de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională în ceea ce privește experiența similară în prestarea serviciilor de proiectare:

"PROIECTARE - Lot 2

Cerință: Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat și a dus la bun sfârșit în ultimii 3 ani (perioadă ce se calculează de la data limită de depunere a ofertelor), servicii de proiectare în domeniul de cale ferată, cel puțin pentru specialitățile suprastructură cf., terasamente cf, lucrări de artă - cale ferată (poduri/podețe), instalații de semnalizare c.f. (Centralizare electronică și ETCS nivel 2), telecomunicații c.f (inclusiv GSM-R), energoalimentare c.f. (inclusiv SCAD A), linie de contact c.f. în valoare cumulată de minimum 35.000.000 lei fără T.V.A. prin prezentarea a minim 1 contract, maxim 5 contracte.

Domeniile cf. se referă la calea ferată, și nu cuprind domeniile metrou și tramvai".

Prin raportare la perioada de referință prevăzută pentru demonstrarea experienței similare (3 ani), cerința impusă este excesiv de restrictivă, discriminatorie și nejustificată în condițiile în care domeniul specific și serviciile/activitățile considerate relevante sunt deosebit de complexe.

Este cunoscut că există puțini operatori economici care ar putea să facă dovada prestării unor astfel de servicii specifice unei piețe atât de restrânse, cu un nivel ridicat de tehnologizare și specializare, precum și într-o perioadă de timp atât de limitată, respectiv de 3 ani.

Astfel, cerința de calificare impusă nu este compatibilă cu Instrucțiunea ANAP 2/2017 care în art. 2 stipulează:

"(1) Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit

(2) La stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile/entitățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la alin. (1)".

Sub nicio formă indicarea unei perioade de referință de numai 3 ani nu poate fi considerată o cerință minimă conform Instrucțiunii ANAP 2/2017 pentru experiența similară aferentă unor servicii de proiectare în domeniul transportului feroviar. Obiectivul impunerii unei cerințe minime vizează tocmai neafectarea artificială a concurenței.

O astfel de perioadă de referință nu respectă nici criteriul proporționalității ci, în realitate determină apariția unui obstacol nejustificat care conduce la obstrucționarea accesului operatorilor economici în procedură.

O astfel de perioadă de referință determină în mod cert restrângere artificială a concurenței contrar art. 63 din Legea 99/2016 care obligă entitățile contractante de a nu concepe elemente ale achizițiilor publice cu scopul restrângerii artificiale a concurenței ori pentru a favoriza/defavoriza anumiți operatori economici.

În acest sens, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la modificarea acestei cerințe și indicarea unei perioade de referință similare cu cea indicată în aceeași secțiune pentru experiența similară în ceea ce privește execuția lucrărilor și anume o perioadă de referință de 10 ani.

Remediarea solicitată nu doar că este posibilă, dar este chiar necesară în vederea asigurării unui nivel corespunzător al concurenței, astfel cum este indicat și în prin Instrucțiunea ANAP 2/2017 (acesta fiind un obiectiv determinant al manierei în care sunt selectate cerințele de calificare).

Cerința de calificare referitoare la autorizații/agremente AFER este de asemenea, disproporționată, restrictivă și determină restrângerea artificială a concurenței.

Conform secțiunii III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din anunțul de participare (replicată și la nivelul fișei de date) a fost impusă următoarea cerință de calificare referitoare la autorizațiile/agrementele AFER ce trebuie prezentate ca documente suport DUAE:

"În conformitate cu prevederilor Ordinului MT nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, pentru servicii de proiectare și execuție lucrări în domeniul infrastructurii feroviare, operatorii economici vor prezenta autorizații/agremente AFER valabile la momentul prezentării. (...)

Documentele suport DUAE sunt: Autorizațiile/ agrementele AFER pentru: (...)

- *Lucrări de întreținere și reparații curente la instalații de telecomandă și semnalizare, telemecanică, panouri și pupitre de comandă în DEF, sistemele de conducere automată și achiziție de date, software;*

- *Lucrări de construcții și reparații treceri la nivel cu calea ferată;*

- *Lucrări de construcții montaj și reparații capitale la instalațiile de iluminat interior și exterior în gări, și elementele componente: tablou de distribuție, siguranțe fuzibile, transformator tensiune;*

- *Lucrări de întreținere și reparații curente la instalațiile de iluminat interior și exterior în gări, și elementele componente: tablou de distribuție, siguranțe fuzibile, transformator tensiune;*

- *Lucrări de construcții montaj și reparații capitale la grupurile electrogene;*

- *Lucrări de construcții-montaj și reparații capitale la instalațiile SCB;*
- *Lucrări de construcții-montaj și reparații capitale la instalațiile TTR pentru siguranța circulației. "*

Documentele solicitate pentru îndeplinirea cerințelor referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională se referă la autorizații/agremente AFER cuprinzând pe lângă lucrările de construcții și lucrări de întreținere și reparații, activități care exced, însă, obiectului și scopului contractului.

Or, potrivit art. 185 alin. (5) din Legea 99/2016 *"toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia"*.

Astfel, solicitările de autorizații/agremente AFER care includ referințe la lucrări de întreținere și/sau reparații se impun a fi respinse în contextul în care nu prezintă relevanță și încalcă prevederile legale. Dimpotrivă, reprezintă restricționări/condiționări suplimentare care nu sunt justificate și nu fac decât să conducă la restrângerea artificială a concurenței.

Contestatoarea subliniază faptul că includerea în obiectul achiziției a liniei CF ARADU NOU - GLOGOVĂȚ și a lucrărilor la stația Glogovăț conferă un avantaj semnificativ operatorului concurent și creșterea prețurilor ce pot fi oferite de ceilalți participanți.

Conform anunțului de participare ... a lansat procedura de atribuire având ca obiect *"Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D" Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D - Arad"*.

Lucrările avute în vedere aparțin unui proiect investițional mai amplu denumit *"Proiectare și Execuție a lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad"* împărțit în patru loturi:

- Lotul 1: Caransebeș cap X - Lugoj semnal cap. X;
- Lotul 2: Lugoj cap. X - Timișoara Est cap. X;
- Lotul 3: Timișoara Est Cap X - Ronaț Triaj Gr. D cap. Y;
- Lotul 4: Ronaț Triaj Gr. D cap. Y - Arad.

Prezenta procedură a fost organizată doar pentru lotul 3 din cadrul proiectului investițional (lotul 1 al procedurii), respectiv pentru lotul 4 din cadrul proiectului investițional (lotul 2 al procedurii) fiind publicate 2 caiete de sarcini:

- *„Caiet de sarcini_Lot 1.pdf corespunzător achiziției Lotului 1: Proiectare și Execuție a lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D";*
- *„Caiet de sarcini_Lot 2,pdf corespunzător achiziției Lotului 2: Proiectare și Execuție a lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr.D -Arad".*

Cum este menționat și în Introducerea caietului de sarcini pentru Lotul 2 *"secțiunea de cale ferată Caransebeș - Timișoara - Arad face parte din coridorul Orient/ Est mediteranean, care reprezintă unul dintre cele nouă coridoare ce alcătuiesc subrețeaua centrală europeană de transport, din cadrul Rețelei Transeuropene de Transport (TEN-T)".*

Însă, entitatea contractantă nu s-a limitat la secțiunea de cale ferată aferentă coridorului european și care formează obiectul proiectului, ci a inclus în mod artificial (din toate punctele de vedere, tehnic, logistic, economic) și o ramificație suplimentară reprezentată de linia feroviară Aradu Nou - Glogovăț:

"Traseul tronsonului feroviar vizat pentru modernizare aferent Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara -Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr; D -Arad": de la km 008+183 (semnalul de ieșire din Ronaț Triaj Gr. D) la km 56+350 (semnalul de intrare în stația Arad). Pe lângă acest tronson. tot în cadrul lotului 4. proiectul cuprinde și modernizarea! reconfigurarea liniei CF Aradu Nou - Glogovăț (indicativ 220), pe o distanță de cca 7 kilometri."

Linia CF Aradu Nou - Glogovăț reprezintă o ramificație de cale ferată care nu face parte din coridorul Orient/Est mediteranean (astfel cum reiese chiar din schița și detaliile puse la dispoziție de CFR).

În ceea ce privește lucrările efective ce trebuie efectuate, în cadrul caietului de sarcini Lot 2 se precizează:

- la pagina nr. 8/83: *"Principalele obiective preconizate, prin realizarea proiectului Lot 2: "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara-Arad", Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D -Arad, inclusiv Aradu Nou - Glogovăț, sunt:*

- *îmbunătățirea infrastructurii pentru creșterea vitezei de circulație la valori cuprinse între viteza de 120 km/h și cea de 160 km/h pe întregul tronson....;*

- *instalații de centralizare electronice noi, în stații și introducerea sistemului de siguranță ERTMS (ETCS nivel 2 + GSM-R); [...]"*

- la pagina nr. 9/83 capitolul 4: *Prezentul caiet de sarcini se referă la obligațiile Antreprenorului/Contractantului aferente lotului 4 Ronaț Triaj Gr. D-Arad, inclusiv Aradu Nou - Glogovăț. Antreprenorul/Contractantul are obligația corelării lucrărilor cu Antreprenorul/Contractantul de pe Lotul 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr. D în vederea asigurării continuității tronsonului de cale ferată Timișoara - Arad în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate.*

În cadrul documentului denumit „Memoriu SF.pdf” - *"STUDIU DE FEZABILITATE PENTRU MODERNIZAREA LINIEI FEROVIARE CARANSEBEȘ - TIMIȘOARA - ARAD"* la capitolul 5.3.12.2 *DESCRIEREA STAȚIILOR ȘI HALTELOR DE MIȘCARE ÎN SITUAȚIA PROIECTATĂ* se menționează:

- la pagina 657, Stația Aradu Nou:

„S-a proiectat astfel, o variantă nouă pentru intervalul dintre Aradu Nou și Glogovăț care, până aproape de intrarea în stația Glogovăț va fi cale dublă, iar de la ramificația R4 Glogovăț (punct de secționare nou) aceasta se va îndrepta către Arad, racordându-se la linia CF București -

Curtici, în zona km 625+500 - 625+900, la ramificația R2 Glogovăț (punct de secționare nou)";

- la pagina 659, Stația Glogovăț cap Y:
- "În ceea ce privește configurația stației Glogovăț, în capătul Y al acesteia s-au proiectat două ramificații ce vor prelua noua linie 218A (R2 Glogovăț și R4 Glogovăț) și linia 220;
- Ambele ramificații vor fi introduse în instalația de centralizare a stației Glogovăț;
- La R2 Glogovăț au fost prevăzute schimbătoare de cale cu tangenta 1:18,5 și inimă mobilă pentru a nu scădea confortul călătorilor și pentru a menține viteza de 100 km/h de pe linia 218A;
- La R4 Glogovăț, schimbătorul de cale 24R s-a prevăzut cu tangenta 1:18,5 pentru a nu scădea viteza trenurilor ce vor circula pe firul I, de la Aradu Nou, la Arad, prin R2 Glogovăț;
- Semnalele de la R2 Glogovăț și R4 Glogovăț au fost prevăzute cu drumuri de alunecare, iar pentru reducerea timpilor de ostilizare a parcursurilor de trecere de pe fir I linia CF 218A, pe fir I linia CF 200, s-au prevăzut două diagonale paralele la R2 Glogovăț".

Astfel, conform celor precizate reiese că în cadrul lucrărilor aferente Lotului 2 se modifică actuala configurație a stației Glogovăț, implicit instalația de centralizare electronică (hardware și software), implementată și pusă în exploatare de către operatorul concurent în urma aplicării *"Proiectului de reabilitare linie c.f Frontieră -Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici - Arad -Km 614"* ceea ce determină un mare avantaj competitiv operatorului concurent care, a implementat instalația de centralizare electronică în stația Golovăț.

Mai mult, având în vedere faptul că unul din scopurile principale ale proiectelor de reabilitare de pe rețeaua CFR este de a implementa instalații de centralizare electronice noi în stații și introduce sistemul ETCS nivel 2 în vederea realizării interoperabilității sistemului feroviar (a se vedea în acest sens și în cadrul prezentei Procedurii capitolul 3.5 din caiet de sarcini lot 2, respectiv capitolul 2.1 din documentul "Memoriu SF.pdf), modificarea instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț determină și următoarele efecte:

- modificarea sistemului RBC (Radio Block Center) parte integrantă a sistemului ERTMS/ETCS nivel 2, implementat în cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici - Arad - Km 614;

- modificarea instalației de management al traficului din centrul de management al traficului (CMT) implementată în cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici - Arad - Km 614.

Toate aceste modificări hardware și software ale instalațiilor menționate mai sus se pot executa numai de către același operator concurent care a realizat anterior aceste instalații, deoarece doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului implementat, ceea ce determină, un beneficiu concret, nejustificat și disproporționat pentru aceasta.

Pentru ca alți operatori economici să realizeze aceste lucrări sunt necesare eforturi și costuri substanțiale cu un impact semnificativ asupra prețurilor oferite în procedură de atribuire.

Așadar, acest operator economic (competitor direct) are asigurat, cu largul concurs al entității contractante, siguranța că este singurul care poate efectua lucrările solicitate la un preț competitiv.

Se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct și suplimentar referitor la modernizarea/reconfigurarea liniei CF Aradu Nou - Glogovăț (indicativ 220) pe o distanță de cca 7 kilometri, **care nu are nicio justificare** a fi "lipit" la proiectul mult mai important al Proiectării și Execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triai Gr.D – ARA" **alta decât favorizarea evidentă a lui ...**, în vederea atribuirii întregului contract către acesta.

Asemenea situații precum cele evidențiate prin prezenta contestație reprezintă încălcări flagrante ale legislației în domeniul achizițiilor publice, atât în ceea ce privește aplicarea principiului tratamentului egal, cât și prin raportare la cerința asigurării unui cadru concurențial corespunzător.

În acest sens, prin art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016 se prevede în mod imperativ că: *"Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici."*

Respectarea principiului tratamentului egal presupune că, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, iar concurența apărută să fie una efectivă.

Potrivit prevederilor art. 8 din Legea concurenței nr. 21/1996, instituțiile publice implicate în proceduri de achiziții publice sunt obligate să respecte principiile unei concurențe efective, fiind prohibită intervenția lor în operațiunile de piață de natură a afecta mediul concurențial.

Astfel, instituțiile publice sunt obligate să organizeze procedurile de achiziții în deplină transparență și fără discriminare, dând întreprinderilor interesate șanse egale la adjudecarea contractului.

De altfel, dimpotrivă, legiuitorul a impus un rol activ al entităților contractante de a fi vigilente și identifica oricând pe parcursul procedurii situații de natura a determina favorizarea vreunui dintre operatorii economici și de a lua măsurile necesare în vederea neutralizării.

Față de aceste împrejurări, față de condiționalitățile tehnice evidente cu implicații și repercusiuni economice substanțiale, față de faptul că drepturile de proprietate intelectuală asupra echipamentelor/instalațiilor din stația Glogovăț aparțin operatorului concurent, în vederea respectării legislației și principiilor achizițiilor publice era de datoria entității contractante ca lucrările de integrare a stației Glogovăț să fie atribuite respectivului operator economic prin aplicarea unei procedurii de negociere fără invitație prealabilă la o procedură concurențială de ofertare conform art. 117 din Legea nr. 99/2016.

Operatorul concurent care a realizat instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț deține drepturile de proprietate intelectuală și este singurul care poate interveni asupra acesteia fără implicații majore la întreg sistemul zonal integrat deja ERTMS/ETCS și, corespunzător, fără costuri economice substanțiale.

Alegerea ... de a include aceste lucrări în lotul 2 al procedurii nu are decât menirea de a conferi un avantaj competitiv semnificativ operatorului care a implementat deja instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț și determinarea creșterii substanțiale a prețurilor pe care ceilalți participanți în procedură le pot oferta.

În documentația de atribuire nu se face nicio referire la aceste modificări și nici la costurile referitoare la modificarea software-ului și hardware-ului aferente instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț implementată în alt proiect.

Nu este descrisă nici necesitatea modificării celorlalte subsisteme din cadrul sistemului ERTMS (ETCS nivelul 2 și GSM-R), respectiv a instalației de management al traficului CMT din cadrul centrului operațional de control OCC Arad.

Nu sunt avute în vedere nici costurile aferente pe care orice alt participant decât operatorul concurent ar trebui să le suporte.

Mai mult, ajutorul oferit operatorului concurent nu se oprește aici, prin cerințe punctuale impuse ... chiar forțând ofertanții să achiziționeze inclusiv echipamente și soluții de la acesta.

În paragraful "Substații de Tracțiune Electrică-STE" din capitolul 5.3.4 Instalații de tracțiune electrică din cadrul Studiului de Fezabilitate, este analizată varianta de extindere a celulelor G1S existente cu montarea a câte 2 celule compatibile cu cele existente, astfel:

„În vederea realizării noilor scheme de alimentare a LC (realizarea de noifidere de alimentare la STE) se vor procura celule noi de fider pentru interior, 25 kV de tipul GIS, compatibile și cu aceleași caracteristici tehnice ca și celulele existente. conform desenului SFFooo EA1 7001 o, celule care se vor monta în interiorul containerelor de MT”.

Celulele existente aparțin aceluiași operator concurent, iar cerința ca noile celule să fie compatibile cu cele existente nu este una justificată și, de altfel, nici necesară.

Mai mult, în documentația aferentă Lotului 2 - Piese desenate - Energoalimentare în schemele, documentul "3.STE Lugoj, Ghiroda Orțișoara - Celula FIDER GIS 25 kV - pentru extindere" în cadranul funcțiilor de protecție pe care trebuie să le aibă celula respectivă este indicat acronimul RPxx, iar dedesubt, între paranteze, tipul releului de protecție (P438).

Ambele indicative fac o trimitere directă la produsele operatorului concurent, fiind astfel denaturată concurență.

Nici nu este permisă o asemenea abordare conform legislației achizițiilor publice, autoritățile contractante având obligația fermă de a nu folosi referințe tehnice care pot conduce la un anumit producător (decât, doar atunci când în mod excepțional cerința tehnică impusă nu poate fi definită în alt mod, caz în care în mod obligatoriu trebuie folosită și expresia "sau echivalent").

În acest sens, potrivit art. 166 alin. (2) și (3) din HG 394/2016:

"(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepție de la dispozițiile alin. (2), stabilirea specificațiilor tehnice prin precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent"."

Totodată, în privința cerinței din capitolul 5.3.4. Instalații fixe de tracțiune electrică din studiul de fezabilitate (pag. 441), de a extinde prin modificare software sistemul SCADA existent în Substațiile de Tracțiune, asupra acestuia producătorul având drepturi de proprietate intelectuală hardware și software, soluția cerută impune în mod clar folosirea unor echipamente și soluții produse, bineînțeles, de aceeași firmă concurentă.

Operatorul concurent este favorizat și prin faptul că în ceea ce privește elaborarea proiectului Liniei de Contact aferent lotului 2, definirea soluției tehnice la interfața dintre cele două proiecte, se bazează pe o soluție deja implementată cu parametri tehnici specifici operatorului concurent, parametri pe care ... îi impune prin intermediul "*Studiului de fezabilitate*" și "*Specificația tehnică Anexa 2*" creând, iarăși, un avantaj direct acestuia.

În mod concret, acești parametri sunt:

- geometria armăturii pantografului cerută prin documentația de licitație care este de 1600 mm; or, conform STI-Energie pentru interoperabilitate se poate folosi și pantograful cu geometria armăturii de 1950 mm (limitarea la 1600 mm nu este justificată):

- firul de contact din material Cu-ETP cerut prin caietul de sarcini are ca înlocuitor modern firul executat din materiale din cu cu aliaje de argint (Ag), staniu (Sn), cadmiu (Cd) și/sau de magneziu (Mg), iar toate acestea sunt conforme cu standardul european EN 50149, astfel se conferă o fiabilitate mai mare instalației LC;

- cablu purtător Bz 65 conform NF C34-110-2 poate fi echivalat cu 70/19BZII sau superior conform DIN 48201;

- lungimea maximă permisă în caietul de sarcini a unei deschideri între doi stâlpi LC este de 63m. Conform noilor soluții aplicabile în cazul circulației cu viteze de 200km/h, așa cum este cerută în caietul de sarcini, această distanță poate fi mult mărită, având în același timp și avantajul unei fiabilități mai mare;

- tensiunile mecanice din firul de contact și cablu purtător pentru liniile directe și curenți sunt de 12kN pentru fiecare conductor iar pentru linii abătute de 10kN, corespunzând instalației vechi; aceste valori pot fi mult mai mari în cazul implementării unei soluții moderne.

Toate elementele de mai sus echivalează cu specificații tehnice restrictive care nu au nicio justificare, restricționează concurența și, pe cale de consecință se impune a fi modificate și actualizate astfel încât să fie respectate prevederile legale și eliminate obstacolele nejustificate.

Actualizarea acestor elemente este, de altfel, și necesară pentru implementarea unei soluții tehnice competitive "state of the art" și respectarea specificațiilor tehnice de interoperabilitate, standardelor recomandate de UIC pentru Coridoarele europene și coridoarelor TEN.

O altă cerință restrictivă care determină o favorizare a operatorului concurent este reprezentată de impunerea unei soluții tehnice obligatorii la nivelul schemei pentru conectarea blocului de linie automat integrat și trecerea la nivel cu calea ferată.

Astfel, având în vedere că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit include atât servicii de proiectare cât și lucrări de execuție, includerea în documentația de atribuire a desenului "*Schema bloc pentru conectarea BLAI (Bloc de linie automat integrat) și TN (trecere la nivel cu calea ferată)*" apare ca fiind complet nejustificată și contrară naturii și obiectului contractului, întrucât acesta ar trebui să fie rezultatul activității de proiectare ce revine ofertantului câștigător.

Prin includerea acestei scheme în caietul de sarcini (capitolul - Piese Desenate - Instalații SCB - Schițe), aceasta devine, în fapt, o soluție impusă (cerință minim obligatorie conform legislației) care conduce, în final, la obstrucționarea concurenței și încălcarea tratamentului egal între ofertanți în condițiile în care:

- schema impusă nu este una generală, ci una specifică care exclude posibilitatea utilizării altor soluții tehnice alternative (soluții moderne la standarde europene și cu grad mare de siguranță și implementate până în prezent în cadrul altor proiecte de reabilitare de pe rețeaua CFR);

- aduce avantaje directe unui singur operator economic (operatorul concurent) a cărui unică soluție tehnică are la bază folosirea acestei scheme.

În acest sens, se are în vedere schema de principiu pentru conectarea BLAI și TN - (echipamente exterioare aflate pe teren)" în care se poate observa limitarea legăturilor de siguranță exclusiv la soluția utilizării cablului de fibră optică (CFO în desen) și care impune folosirea mai multor switch-uri specializate necesare interfațării semnalelor din BLAI cu instalația de centralizare electronică (a se vedea în schema dată modulele Switch BLAI și Switch TN), respectiv a secționării CFO subteran la fiecare grup de semnale din BLAI (ceea ce nu a fost acceptat de către ... la proiectele anterioare de reabilitare), această configurație unică fiind regăsită exclusiv în soluția utilizată de operatorul concurent.

Pentru claritate, alte soluții de conectare posibile ar putea fi și cele în a căror configurație se regăsește, pe lângă soluția folosirii fibrei optice, și soluția utilizării cablului de cupru pentru comanda și controlul semnalelor din BLAI. În această configurație, interfața cu aceste semnale se află în stație și nu la fiecare grup de semnale de bloc precum în cazul utilizării fibrei optice (conform schemei).

Nu sunt prevăzute lucrările de asigurare a interoperabilității dintre sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 din cadrul lotului 2 cu sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 implementat în cadrul proiectului de reabilitare tronson 1: frontieră - Curtici - Arad - km 614, nefiind incluse nici costurile aferente.

În cadrul caietului de sarcini lot 2 s-au prevăzut următoarele:

- la pagina nr. 9/83, capitolul 4: *„Antreprenorul/Contractantul are obligația corelării lucrărilor numai cu Antreprenorul/Contractantul de pe Lotul 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr în vederea asigurării continuității tronsonului de cale ferată Timișoara - Arad în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate”,*

- la pagina 15/83 capitolul 4.9: *„Lucrări necesare în vederea interfațării cu laturile adiacente, care pot cuprinde atât lucrări definitive, cât și lucrări provizorii sau adaptări de soft, pentru instalațiile aferente loturilor adiacente, identificate la momentul elaborării proiectului tehnic”.*

Or, în cadrul caietului de sarcini nu se prevede interoperabilitatea dintre sistemul ETCS nivelul 2 din cadrul lotului 2 cu sistemul ETCS nivelul 2 din cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici -Arad - Km 614, deja implementat, de operatorul concurent.

Totodată cheltuielile privind necesitatea modificărilor software și hardware ale instalațiilor de centralizare electronică (stațiile Arad și Glogovăț), sistemului RBC, respectiv instalației de management al traficului CMT implementate în cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici -Arad - Km 614, pentru realizarea interoperabilității dintre cele două proiecte, nu se regăsesc în bugetul din documentația de atribuire.

În mod concret, nu se regăsesc cheltuielile privind:

- modificările de software și hardware ale instalației de centralizare electronică deja implementată în stația Arad. În vederea interfațării cu instalația de centralizare electronică din stația Aradu Nou,

- modificările de software și hardware ale instalației de centralizare electronică deja implementată în stația Glogovăț. În vederea interfațării cu instalația de centralizare electronică din stația Aradu Nou,

- modificările software aferente sistemului RBC implementat în cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră -Curtici -Arad - Km 614 în vederea realizării handover-ului cu sistemul RBC din cadrul proiectului lot 4,

- modificările de software ale instalației de management al traficului CMT implementate în cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici -Arad - Km 614 în cadrul centrului operațional de control OCC Arad. În vederea interfațării cu instalația de management al traficului CMT care va fi implementată în cadrul centrului operațional de control OCC Timișoara Nord.

De asemenea, documentația este incompletă și în privința informațiilor relevante referitoare la întocmirea ofertei și elaborarea proiectului Liniei de Contact aferent lotului 2, pentru care sunt necesare detalii referitoare la modul în care s-a realizat Linia de Contact în proiectul Km 614 - Frontiera în stația Arad și ramificația Glogovăț, care se învecinează cu lotul 2.

Acest proiect a fost realizat de același operator concurent, care avea posibilitatea să întocmească o listă de cantități corespunzătoare.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că entitatea contractantă modifică în mod nelegal condițiile contractuale obligatorii.

Prin art. 2 din HG nr. 1/2018 au fost aprobate *"condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în anexa nr. 2"*.

În anexa nr. 2 a HG nr. 1/2018 sunt prevăzute condițiile generale (denumite în continuare "Condiții Generale"), fiind, totodată, precizat că acestea sunt pe deplin aplicabile și obligatorii cu excepția condițiilor specifice/speciale (denumite în continuare "Condiții Speciale") în măsura în care acestea sunt agreeate de părți în limitele permise. :

... a inclus în documentația de atribuire atât Condițiile Generale aprobate de Guvern cât și o listă sumară de 4 Condiții Speciale. Printre acesta a fost inclusă și o modificare a Clauzei 8 din Condițiile Generale (Furnizarea Documentelor Beneficiarului) care, de fapt, reprezintă o exonerare abuzivă de răspundere care depășește limitele în care pot fi aduse modificări prin Condițiile Speciale:

"Beneficiarul nu va fi responsabil de orice eroare, inacuratețe sau omisiune de orice fel din caietul de sarcini inclus inițial în Contract și nu va fi obligat să fi demonstrat acuratețea sau completitudinea oricăror date sau informații, dacă un antreprenor cu experiență nu a descoperit eroarea atunci când a studiat caietul de sarcini, înainte de data semnării Contractului".

De altfel, în realitate, modificările substanțiale pe care ... le aplică Condițiile Generale se regăsesc în capitolul 3.4 Ipoteze și Riscuri din caietul de sarcini CFR prin care sunt introduse în mod mascat obligații contractuale abuzive și nelegale pe care ofertanții trebuie să și-le asume cu privire la răspunderea contractuală .

Entitatea contractantă precizează că:

"Antreprenorul/Contractantul își va asuma riscurile generale, identificate de entitatea contractantă, prin participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului, le va include în prețul ofertei și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate".

În primul rând, o astfel de condiționare este în mod greșit introdusă în caietul de sarcini. Potrivit art. 22 alin. (10) din HG nr. 394/2016, caietul de sarcini *"conține în mod obligatoriu specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante"*.

În orice caz, indiferent de localizarea lor în cadrul documentației de atribuire, cerința ... referitoare la extinderea răspunderii contractuale a

antreprenorului reprezintă o încălcare a restricțiilor impuse prin HG nr. 1/2018, echivalând, în esență, cu introducerea unor Condiții Speciale ce încalcă limitele prevăzute în acest sens prin HG nr. 1/2016.

În continuare, în capitolul respectiv din caietul de sarcini sunt indicate 10 tipuri de "riscuri identificate" față de care antreprenorul *"nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora"*, însă și acestea reprezintă o încălcare serioasă a HG nr. 1/2018.

Potrivit clauzei 68.1. Riscurile Beneficiarului din Condițiile Generale (clauză nemodificabilă prin intermediul Condițiilor Speciale) sunt considerate a fi în sarcina entității contractante.

Aceste riscuri nu pot fi transferate în sarcina antreprenorului așa cum încearcă ... prin capitolul 3.4 din caietul de sarcini menționând că antreprenorul își asumă riscul și răspunderea nelimitată pentru:

- *"descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauza 68.1 (f) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervisor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauza 68.1 (g) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"prelungirea timpului necesar din cauza complexității execuției lucrărilor, datorită necesității executării unor lucrări ascunse și neprevăzute"* - risc contractual subsumat Clauzei 68.1 (e) din Condițiile Generale aprobate prin HG 1/2016;

- *"identificarea incompletă a rețelelor de utilități sau a proiectelor de obiective/obiectivelor care au incidență cu proiectul"* - risc contractual subsumat Clauzei 68.1 (d) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"modificarea Legii după Data de Referință"* - risc contractual care revine Beneficiarului conform Clauza 68.1 (k) din Condițiile Generale aprobate prin HG nr. 1/2016;

- *"forță majoră"* - risc care nu este suportat de niciuna dintre părți potrivit Clauzei 66.1 din Condițiile Generale potrivit căreia *"niciuna dintre Părți nu va fi considerată în culpă și nu se va considera că și-a încălcat obligațiile ce îi revin prin Contract dacă îndeplinirea acestor obligații este împiedicată de orice circumstanțe de forță majoră ce apar după data semnării Contractului"*.

Or, față de conținutul obligatoriu al clauzei 68.1 din Condițiile Generale, se impune modificarea caietului de sarcini în sensul eliminării acestor cerințe abuzive. De asemenea, se impune modificarea clauzei 8.2 din Condițiile Speciale propuse de ... în vederea înlăturării aspectelor care depășesc limitele permise în acest sens.

Dacă ar rămâne aplicabile, s-ar ajunge la situații anormale în care antreprenorul ar fi răspunzător pentru situații absurde, precum efectuarea exproprierilor sau devierilor de rețele electrice, acestea rezultând a fi

necesare conform avizului condiționat emis de Transelectrica cu privire la predarea amplasamentului (aviz care se află în documentația de atribuire).

În final, contestatoarea apreciază că în măsura în care nu pot fi luate măsurile de remediere necesare, se impune anularea procedurii de atribuire pentru grave încălcări ale legii.

Prin contestația nr. 1717/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47460/30.10.2020, SC ... SA, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea apreciază se impune a se modifica și completa documentația de atribuire elaborată de ... prin raportare la cerința privind experiența similară în activitatea de proiectare și la informațiile de natură tehnică absolut necesare întocmirii propunerii tehnice și financiare.

Potrivit dispozițiilor art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, *„entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale; obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*.

De asemenea, în aplicarea acestui text de lege, prin art. 22 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016 se statuează că *„(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”*.

Aceste prevederi reprezintă exprimarea legislativă a principiilor transparenței și tratamentului egal statuate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, relevantă fiind, spre exemplu, decizia pronunțată la 2 iunie 2016 în Cauza Pippo Pizzo (C-27/15) conform căreia *„obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată). [...]”*

În același sens s-a pronunțat CJUE și în cauzele *Universale Bau* (C-470/99), sau *Succhi di Frutta/Comisia* (Cauza C-496/99 P), în care s-a reținut că toți potențialii ofertanți trebuie să beneficieze de șanse egale pentru elaborarea ofertelor; toate condițiile de participare trebuie să fie formulate clar, precis și univoc astfel încât să permită oricărui operator

economici rezonabil informați și diligenți să ie înțeleagă și să le interpreteze la fel.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 3 alin. (1) lit, rr) din Legea nr. 99/2016, art. 22 alin. (10) și art. 165 alin. (6) din HG nr. 394/2016.

În aplicarea acestor dispoziții legale și pentru asigurarea respectării principiului transparenței, atunci când inițiază o procedură de atribuire, entitatea contractantă are obligația de a întocmi o documentație de atribuire care să permită fiecărui operator economic interesat să depună o ofertă admisibilă, iar aceasta presupune stabilirea unor specificații tehnice clare, precise și complete, astfel încât necesitatea autorității să fie descrisă în mod obiectiv.

Această obligație legală de informare completă a operatorilor economici cu privire la modul de proiectare și execuție a lucrărilor de reabilitare cale ferată care fac obiectul viitoarelor contracte a fost încălcată în cauză, din documentația de atribuire lipsind informații esențiale precum:

- lungimile liniilor din stațiile de cale ferată;
- razele și lungimea curbelor pentru alte linii din stații, altele decât liniile directe;
- informații despre tipul aparatelor de cale (ex: stația Timișoara Nord);
- informații legate de scurgerea apelor: lungimi drenuri longitudinale și șanțuri, dimensiunile acestora, tipul căminelor de vizitare ;
- elemente geometrice ale lucrărilor, precum dar fără a se limita la:
 - cotele de nivel și elementele definatorii ale liniei roșii a traseului;
 - inexistența cotelor și dimensiunilor tuturor elementelor ce alcătuiesc lucrările de artă (diametru coloane, fișă coloane, dimensiuni fundație, dimensiuni elevație, dimensiuni banchetă cuzineți, dimensiuni grinzi, poduri, podețe, pasaje).

Aceste aspecte de natură tehnică care nu se regăsesc în cuprinsul specificațiilor publicate în Sistemul Electronic de Achiziții Publice (SEAP) reprezintă elemente minime strict necesare pentru o estimare corectă și realistă a cantităților de suprastructură și terasamente de cale ferată.

În acest context al lipsei din documentația de atribuire a informațiilor anterior menționate, contestatoarea susține că se află în imposibilitate obiectivă de elaborare a propunerii tehnice și financiare. Astfel, este sesizabilă o restricționare efectivă a accesului la procedura de atribuire a societății și a altor operatori economici care, deși dețin capacitatea economică, tehnică și profesională necesară realizării contractului de achiziție sectorială, nu beneficiază de o informare completă privind necesitățile concrete ale entității contractante, respectiv obiectul achiziției sectoriale.

Prin urmare, se impune obligarea entității contractante la modificarea documentației tehnice cu includerea în cuprinsul acesteia a informațiilor anterior menționate în lipsa cărora fiind imposibilă prezentarea unei oferte complete.

Pe cale de consecință, este necesară și decalarea datei limită de depunere a ofertelor cu o perioadă rezonabilă astfel încât potențialii ofertanți să beneficieze de timp suficient pentru adaptarea ofertei în funcție de modificările și completările documentației de atribuire.

O astfel de măsură este justificată și prin raportare la dispozițiile legale conform cărora entitatea contractantă este obligată ca, la stabilirea datei limită de depunere a ofertelor, să aibă în vedere complexitatea obiectului achiziției dar și eventualele informații suplimentare oferite operatorilor economici prin completarea și modificarea ofertei.

Relevante în acest sens sunt prevederile art. 162 și art. 163 din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, contestatoarea invocă caracterul restrictiv al cerinței de calificare privind experiența similară în prestarea serviciilor de proiectare.

În cuprinsul fișei de date a achiziției, la pct. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită dovada experienței similare în prestarea de servicii de proiectare în domeniul de cale ferată, fiind indicate specialitățile vizate. Perioada de raportare pentru demonstrarea prestării de servicii similare indicată în documentația de atribuire este de 3 ani înainte de data limită de depunere a ofertelor.

În conformitate cu dispozițiile art. 192 din Legea nr. 99/2016, „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...);

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă”.

Dispozițiile art. 192 din Legea nr. 99/2016 reprezintă transpunerea în legislația națională a prevederilor Directivei 2014/24/UE (art. 58 alin. (4)1, respectiv ANEXA XII MIJLOACE DE DOVEDIRE A ÎNDEPLINIRII CRITERIILOR DE SELECȚIE) care vizează achizițiile publice clasice. În domeniul achizițiilor sectoriale (cum este și cazul achiziției prezente), sunt aplicabile prevederile art. 78 Criterii de selecție calitativă din Directiva 2014/25/UE conform cărora:

„(1) Entitățile contractante pot stabili norme și criterii obiective pentru excluderea și selectarea ofertanților sau candidaților; aceste norme și criterii sunt puse la dispoziția operatorilor economici interesați.

(2) În măsura în care este necesar pentru a asigura un echilibru adecvat între caracteristicile speciale ale procedurii de achiziții și resursele necesare pentru realizarea sa, entitățile contractante pot stabili în cadrul procedurilor restrânse sau de negociere; în dialogurile competitive sau în parteneriatele pentru inovare, norme și criterii obiective care reflectă această necesitate și permit entității contractante să reducă numărul candidaților care vor fi invitați la procedura de ofertare sau fa negociere.

Numărul candidaților selectați ține seama, cu toate acestea, de nevoia de a asigura o concurență adecvată”.

Deși prevederile alin. (2) al art. 78 din Directiva 2014/25/UE vizează exclusiv procedurile restrânse care implică o preselecție, acestea sunt relevante din perspectiva intenției legiuitorului european de a facilita accesul operatorilor economici la procedurile de atribuire, concurența extinsă reprezentând o premisă a selectării celei mai bune oferte în beneficiul entității contractante.

Având în vedere că serviciile de proiectare care fac obiectul acestei achiziții prezintă o complexitate deosebită iar nivelul valoric solicitat pentru demonstrarea experienței similare este foarte ridicat, nefiind atins în proiectele similare derulate în ultimii 3 ani în România, este evident restrânsă concurența în mod nejustificat, fără o posibilă explicație obiectivă.

La stabilirea perioadei de raportare pentru dovedirea experienței similare, autoritatea contractantă a încălcat inclusiv dispozițiile art. 192 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 prin raportare la obiectul contractului de achiziție publică care, în cauză, este un contract de lucrări și nu unul de servicii.

Relevante în acest sens sunt dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. I) ii) din Legea nr. 99/2016 conform căroră: „I) contract sectorial de lucrări - contractul de achiziție sectorială care are ca obiect: [...] (ii) fie exclusiv execuția, fie atât proiectarea, cât și execuția unei construcții; [...]”. Astfel, este vorba despre un contract de lucrări care include și activități de proiectare, nefiind vorba de un contract de prestări de servicii distinct pentru care ar exista posibilitatea de stabilire a unei perioade de raportare diferite din perspectiva demonstrării experienței similare.

Prin urmare, în niciun caz nu avea dreptul entitatea contractantă să stabilească perioada de 3 ani specifică pentru verificarea experienței în prestarea de servicii, fiind necesar să ia în considerare natura contractului de lucrări care determină o perioadă diferită de apreciere a experienței similare, stabilită în prezenta procedura la 10 ani, tocmai în scopul lărgirii concurenței.

Mai mult, entitatea contractantă trebuia să aibă în vedere că, față de tipul de contract care urmează a fi atribuit, respectiv proiectare și execuție de lucrări complexe de infrastructură de cale ferată, serviciile de proiectare, în special componentele de elaborare a detaliilor tehnice de execuție și asistență tehnică din partea proiectantului 3, se derulează simultan cu execuția lucrărilor și inclusiv în perioada de garanție a lucrărilor (perioada cumulată a etapelor respective depășind de multe ori 10 ani). Prin urmare, este logică și necesară corelarea perioadelor de raportare pentru verificarea experienței similare aferente serviciilor de proiectare, respectiv execuției de lucrări de cale ferată.

În fapt, prin modul în care a stabilit cerința de calificare criticată, entitatea contractantă a nesocotit prevederile art. 185 alin. (3) și (5) din Legea nr. 99/2016.

Pentru aceste considerente, în vederea promovării concurenței prin asigurarea tratamentului egal al potențialilor ofertanți, contestatoarea solicită obligarea entității contractante de a permite demonstrarea

experienței similare în activitatea de proiecte prin extinderea perioadei de raportare la 10 ani, similar experienței similare privind execuția de lucrări în domeniul de cale ferată. ■

Prin adresele nr. 1.D/2/946/03.11.2020, nr. 1.D/2/947/03.11.2020 și nr. 1.D/2/948/03.11.2020, înregistrate la Consiliu sub nr. 48184/04.11.2020, nr. 48186/04.11.2020 și nr. 48185/04.11.2020, entitatea contractantă a formulat puncte de vedere cu privire la cele trei contestații, la care a fost anexat, în copie, dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere nr. 1.D/2/946/03.11.2020, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ... SA ca netemeinică și nefondată, pentru următoarele considerente:

Față de critica privind „nelegalitatea documentației de atribuire” invocată de contestatoare, entitatea contractantă susține că în cuprinsul contestației aceasta nu precizează care sunt prevederile legale încălcate pentru a putea constata nelegalitatea documentației de atribuire.

Entitatea contractantă a precizat în cadrul documentației de atribuire că, procedura de achiziție sectorială se desfășoară sub incidența unei clauze suspensive în sensul că semnarea contractului de proiectare și execuție lucrări se va face numai după asigurarea sursei de finanțare estimându-se perioada pe parcursul căreia se aplică clauza suspensivă de 12 luni de la aprobarea raportului procedurii.

Astfel, entitatea contractantă consideră că susținerile contestatoarei sunt netemeinice, însăși legislația incidentă stipulează posibilitatea încheierii contractului numai după finalizarea evaluării ofertelor, constatarea admisibilității a cel puțin unei oferte și aprobarea raportului procedurii de către conducerea entității contractante.

Totodată legiuitorul a reglementat și situația anularii procedurii de atribuire în condițiile în care nu a fost depusă nicio ofertă, dintre ofertele prezentate niciuna nu este admisibilă sau în condițiile în care nu poate fi asigurată sursa de finanțare. Față de situația din urma entitatea contractantă a luat măsura preventivă de a introduce în documentația de atribuire clauza suspensivă tocmai pentru a diminua riscul anulării procedurii de atribuire.

Entitatea contractantă invocă netemeinicia criticilor formulate de contestatoare, întrucât în conformitate cu Legea nr. 500/2002 a finanțelor publice, nu se pot încheia angajamente legale fără a exista buget alocat acestora, prin angajament legal înțelegându-se încheierea unui act juridic, respectiv în situația de față încheierea contractului sectorial.

Potrivit prevederilor art. 71 din aceeași lege, nerespectarea prevederii conform căreia angajarea cheltuielilor din bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani, sau cu amendă de la 10 milioane lei la 20 milioane lei. Altfel spus, angajarea cheltuielilor de către ordonatorul de credite cu depășirea limitelor creditelor bugetare aprobate sau, mai grav, fără să mai existe prevăzut creditul bugetar, este interzisă și constituie infracțiune la disciplina financiară.

În contextul în care, potrivit dispozițiilor Legii nr. 500/2002 privind finanțele publice și a celorlalte reglementări financiare, nu se pot angaja cheltuieli în absența unui credit bugetar acoperitor aprobat (ordonatorii de

credite răspunzând inclusiv penal de angajarea, lichidarea și ordonanțarea cheltuielilor în limita creditelor bugetare repartizate și aprobate de care dispun), entitatea contractantă nu poate încheia contractul de achiziție sectorială și angaja legal cheltuielile pe care le presupune, fără să existe sursa de finanțare alocată.

Entitatea contractantă a luat decizia introducerii clauzei suspensive prin raportare la data aprobării raportului procedurii, tocmai pentru a evita apariția unor litigii ca urmare a unei posibile interpretări discreționare, de către ofertantul declarat câștigător al procedurii de atribuire, având în vedere și prevederile art. 151 din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare care stipulează:

"Entitatea contractantă nu are dreptul de a amâna încheierea contractului cu scopul de a crea circumstanțe artificiale de anulare a procedurii".

Entitatea contractantă învederează faptul că întreprinde toate demersurile ce se impun în vederea obținerii finanțării respectiv a semnării contractului de finanțare.

... a primit acordul Ministerului Transporturilor Infrastructurii și Comunicațiilor privind includerea proiectului "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș Timișoara -Arad" în portofoliul de proiecte POIM 2014-2020, a fost avizat formularul cod FI respectiv fișa de fundamentare a proiectului.

În acest sens, entitatea contractantă atașează la punct de vedere adresa MTIC- Direcția Generală Organismul Intermediar pentru Transport nr. 10510 /19.03.2020 și formularul avizat de către ordonatorul de credite.

Entitatea contractantă apreciază că nu se susțin criticile contestatoarei privind nelegalitatea documentației de atribuire în privința clauzei suspensive.

În ceea ce privește criticile contestatoarei conform cărora se încearcă să se impună cerințele speciale nelegale, entitatea contractantă a adoptat măsuri de remediere în conformitate cu prevederile art. 9, alin.(1) din Legea 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, eliminând din „CONDIȚII SPECIALE” pentru lot 1 și lot 2 paragraful 2 din subclauza 8.2.

În ceea ce privește riscurile identificate de entitatea contractantă și detaliate la nivelul caietelor de sarcini aferente celor două loturi supuse licitației, entitatea contractantă prezintă avizele emise de ANAP ca urmare a exercitării controlului de verificare ex-ante în conformitate cu prevederile OUG 98/2017, control ce vizează documentația de atribuire inclusiv caietele de sarcini.

Entitatea contractantă a identificat riscurile descrise în caietele de sarcini pe baza experienței anterioare în derularea unor contracte similare, introducând aceste riscuri cu scopul de a diminua efectul acestora în implementarea contractelor de execuție lucrări, ofertanții având obligația ca în cadrul propunerii tehnice să identifice măsuri care ar putea fi luate în scopul diminuării sau eliminării acestor riscuri.

Având în vedere cele precizate anterior, entitatea contractantă solicită respingerea cererilor contestatorului FCC Construction S.A. față de care entitatea contractantă nu a adoptat măsuri de remediere, și să

mențină prevederile documentației de atribuire așa cum a fost publicată în SEAP.

Prin punctul de vedere nr. 1.D/2/948/03.11.2020, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ... SRL ca netemeinică și nefondată, pentru următoarele considerente:

În ceea ce privește criticile contestatoarei conform cărora „cerința de calificare referitoare la experiența similară în servicii de proiectare este disproporționată, restrictivă și determină restrângerea artificială a concurenței”, entitatea contractantă susține că a stabilit criteriul de selecție în conformitate cu legislația incidentă prezentei proceduri de atribuire.

Față de incidența prevederilor Instrucțiunii ANAP nr. 2 /2017 invocate de contestatoare, extinderea perioadei de referință privind prestarea de servicii similare într-o perioadă mai mare de 3 ani este o opțiune și nu o obligație, iar în situația în care entitatea contractantă ar fi optat pentru extinderea acestui termen, prevederile art. 9 alin (5) din instrucțiune instituie obligația entității contractante de a prezenta argumente la nivelul strategiei de contractare, din care să reiasă fără echivoc necesitatea extinderii acestei perioade de referință.

Entitatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 9, alin.(1) din Legea 101/2016, a adoptat ca măsură de remediere extinderea perioadei de referință pentru verificarea experienței similare în prestarea de servicii de proiectare în domeniul obiectului contractului la 5 ani.

O extindere pe o perioadă mai mare de 5 ani, în opinia entității contractante este neadecvată având în vedere dinamica modificărilor procedeele tehnologice de execuție, modificările legislative incidente domeniului, la stabilirea criteriilor de selecție entitatea contractantă a avut în vedere ca viitorul proiectant să aibă o expertiză în domeniu cât mai actuală, pentru a putea alege cât mai corect procedeele tehnologice de execuție și materiale ce urmează a fi folosite în conformitate cu reglementărilor tehnice în vigoare.

Referitor la cerința privind autorizațiile/ acordurile AFER criticată de contestatoare, cerința de calificare a fost impusă ca urmare a incidenței prevederilor Ordinului MT nr. 290/2000, lista tipurilor de autorizații/ acorduri AFER fiind publicată pe site-ul http://www.afer.ro/documents/Lista_clase_editia_%202-2008.pdf, stabilirea tipurilor de autorizații s-a făcut în corelare cu obiectul prezentei proceduri de achiziție.

Cerințele privind asigurarea interoperabilității sistemelor sunt aplicabile proiectelor de reabilitare atunci când o secțiune deja reabilitată trebuie să se integreze cu o secțiune nereabilitată, operatorii economici interesați fiind cei care vor identifica soluțiile tehnice posibil a fi implementate pentru respectarea cerinței.

Dat fiind faptul ca linia CF Glogovat - Aradu Nou (indicativ 220), face parte din Complexul Feroviar Arad și preia traficul de mărfuri și calatori din direcția Simeria, dirijandu-l către Timișoara, Caransebes, Reșița și chiar peste granița cu Serbia, la Stamora Moravița, nu se poate spune că linia respectivă nu face parte din Coridorul Orient Est-Mediteranean.

Includerea segmentului feroviar Aradu Nou - Glogovăț în proiect, a transformat-o într-o verigă importantă a Coridorul Orient Est-Mediteranean ce va aduce următoarele beneficii:

- transportului feroviar de mărfuri, sporirea capacității și a reducerii timpului de mers;
- pentru comunitatea locală, prin scoaterea traficului feroviar de mărfuri în afara municipiului Arad;
- pentru beneficiarul lucrării, deoarece această soluție reduce costurile lucrării, dublarea segmentului prin municipiul Arad implicând relocări de rețele de utilități și de căi de comunicație foarte importante, cu costuri semnificativ mai mari;
- în această configurație, racordarea dintre stațiile Glogovăț și Aradu Nou, realizează și o a doua conexiune directă între stația Arad și stația Aradu Nou fără să mai fie nevoie ca trenurile să rebruseze în Glogovăț. Astfel, traficul feroviar de marfă poate ocoli ușor zonele rezidențiale cuprinse între Arad și Aradu Nou.

Așadar, includerea segmentului Aradu Nou - Glogovăț în proiect s-a realizat din rațiuni obiective ce nu au nicio legătură cu operatorul economic ce a implementat instalația CE de la Glogovăț.

În realitate, includerea segmentului de cale ferată Aradu Nou - Glogovăț în proiect s-a realizat din următoarele considerente:

- traficul previzionat pe tronsonul feroviar Arad - Timișoara, impune dublarea căii pe toată distanța, fapt ce nu se poate realiza pe intervalului Arad - Aradu Nou fără costuri mai mari decât în cazul construirii unei căi duble pe o variantă de traseu situată în extravilanul municipiului Arad;
- prin implementarea proiectului se vor îmbunătăți conexiunile tronsonului feroviar Caransebeș- Timișoara - Arad la infrastructura de transport existentă prin realizarea unei ramificații ce va asigura ocolirea unei importante zone rezidențiale din municipiul Arad de către traficul de marfă și accesul direct (fără rebrusment în stația Glogovăț) al trenurilor de marfă spre/dinspre Curtici, respectiv granița cu Ungaria;
- creșterea semnificativă a confortului locuitorilor cartierelor 300 și Micalaca, din municipiul Arad, în urma devierii traficului feroviar de mărfuri pe varianta ocolitoare a municipiului și anume Arad - R2 Glogovăț- R4 Glogovăț - Aradu Nou;
- dublarea vitezei de circulație a trenurilor pe varianta Aradu Nou - Glogovăț (100 km/h, față de 50 km/h);
- facilitarea tranzitării trenurilor de marfă pe intervalul Arad - Aradu Nou, la acest moment linia fiind simplă și fără perspectiva de a se dubla, având în vedere amploarea lucrărilor ce trebuie realizate în acest scop;
- Pe lângă avantajele menționate mai sus, se adaugă faptul că, pe durata lucrărilor la intervalul Aradu Nou - Arad se va circula pe intervalul Aradu Nou - Glogovăț - Arad, nou realizate.

Secțiunea de cale ferată ce face obiectul prezentei achiziții a fost analizată, au existat studii și documentații pe care au fost fundamentate soluțiile la nivel de Studiu de Fezabilitate/Analiza Cost Beneficiu.

Pe de altă parte, justificarea introducerii segmentului Aradu Nou - Glogovăț în proiect se găsește și în studiul de trafic, elaborat în cadrul Studiului de Fezabilitate.

Totodată, incluzând în proiect o variantă ocolitoare între Aradu Nou și Arad s-au respectat și prevederile Certificatului de Urbanism (anexa la acesta), emis de către CJ Arad pentru lucrare.

În ceea ce privește lucrările de instalații de semnalizare și centralizare (SCB) cuprinse în proiectul de modernizare a tronsonului feroviar Timișoara - Arad, situația se prezintă astfel:

1. Este foarte important de menționat faptul că și fără includerea în proiect a liniei CF 220, ar fi fost necesară modificarea instalațiilor CMT Arad, respectiv a instalației CE din Glogovat în vederea conectării cu instalația BLAI de pe distanța Glogovat - Aradu Nou, deoarece nu s-ar fi acceptat sub nicio formă o distanță BLA cu trei indicații izolată între două tronsoane dotate cu ERTMS și prevăzute cu sistem de gestionare a circulației prin CMT.

2. Instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris astfel că se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o;

3. Instalația DISPECER de tip CMT Timișoara, va prelua circulația trenurilor din capatul Y al stației Arad, pe linia 218 și de la R2 Glogovat, pe linia CF 218A, rezultând modificări minime la CMT Arad. Cel puțin o parte dintre aceste modificări ar fi fost efectuate și fără să fie inclusă în proiect linia CF 220.

4. Modificările în RBC sunt cuprinse în proiect (a se vedea documentația economică).

5. Lucrările de interconectare a instalațiilor CE din stațiile adiacente cu BLAI sunt cuprinse în proiect (a se vedea documentația economică).

Pe de altă parte, lucrările la segmentul Aradu Nou - Glogovăț nu se pot atribui și executa în afara proiectului, prin proiect se reconfigurează linia CF Glogovăț-Aradu Nou, astfel încât aceasta devine parte integrată din Coridorul Orient Est-Mediteranean, iar modernizarea acesteia este pe deplin justificată și chiar oportună.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

În paragraful "Substații de Tracțiune Electrică-STE" din capitolul 5.3.4 Instalații de tracțiune electrică din cadrul Studiului de Fezabilitate, este analizată varianta de extindere a celulelor GIS existente cu montarea a câte 2 celule compatibile cu cele existente, astfel:

În vederea realizării noilor scheme de alimentare a LC (realizarea de noi fidere de alimentare la STE) se vor procura celule noi de fider pentru interior, 25 kV de tipul GIS, compatibile și cu aceleași caracteristici tehnice ca și celulele existente, conform desenului SFFOOO EA1 7001 O, celule care se vor monta în interiorul containerelor de MT,

Entitatea contractantă susține următoarele:

Singura Substație de Tracțiune Electrică - STE (Orțișoara) de pe distanța Timișoara Est - Arad a fost modernizată în cadrul unui proiect al SC Electrificare SA în anul 2013 (contractor ALSTOM și ADREM INVEST pentru SCADA). Cu această ocazie celulele de 25 kV au fost realizate în varianta de interior - GIS (montate în container). Solicitarea beneficiarului

a fost să se prevadă în interiorul containerului de medie tensiune spațiu pentru montarea a încă 2 celule GIS 25 kV.

Referirea la cerința compatibilității celulelor este justificată de spațiul existent (dimensiunile celulelor pentru a putea fi montate în spațiile existente în container), iar caracteristicile tehnice, specifice STE din căile ferate române trebuie să fie corespunzătoare desenului menționat (SFF000 EA1 7001 0), cerințe care nu sunt stabilite pe baza unui produs anume, ci pe baza cerințelor tehnice funcționale ale sistemului de 25 kV utilizat de CFR.

Cerința de utilizare de celule GIS compatibile și cu aceleași caracteristici tehnice ca și celulele existente, nu înseamnă că ofertantul trebuie să le procure de la operatorul concurent. Este suficient ca acestea să respecte cerințele de integrare în instalație și să prezinte minimum aceleași caracteristici ca și cele existente, pentru asigurarea compatibilității.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Celulele existente aparțin aceluiași Operator Concurent, iar cerința ca noile celule să fie compatibile cu cele existente nu este una justificată și, de altfel, nici necesară.

Mai mult, în documentația aferentă Lotului 2 - Piese desenate - Energoalimentare în schemele, documentul "3. STE Lugoj, Ghironda Orțișoare - Celula FIDER GIS 25 kV - pentru extindere" în cadrul funcțiilor de protecție pe care trebuie să le aibă celula respectivă este indicat acronimul RPxx, iar dedesubt, între paranteze, tipul releului de protecție (P438),

Entitatea contractantă susține următoarele:

Referirea la cerința compatibilității celulelor este justificată de spațiul existent în containerul de medie tensiune - 25 kV (dimensiunile noilor celule pentru a putea fi montate în spațiile existente în container, prevăzute pentru extinderea substației). Cerința de compatibilitate vizează integrarea în sistemul de comandă conducere și protecție existent în STE și se referă la conformitatea produsului cu standardele tehnice în vigoare și cu condițiile de funcționare existente în STE.

Tipul releului, între paranteze, (P438) nu este indicat ca o cerință pentru ofertant, ci este numai o indicație asupra tipului de releu folosit în instalațiile existente. Nu este solicitat în mod expres ca acest releu să fie utilizat. Acronimul "RP" provine de la "releu de protecție", iar XX este viitoarea identificare din ofertă a releului care se va propune.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Ambele indicative fac o trimitere directă la produsele Operatorului Concurent, fiind astfel denaturată concurența.

Entitatea contractantă susține următoarele:

Nu se susține afirmația. Fiind lucrări în instalații existente (STE Orțișoara) a fost necesar să se includă informații referitoare la acestea pentru ca oferta să fie compatibilă cu instalațiile existente.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Nici nu este permisă o asemenea abordare conform legislației achizițiilor publice, autoritățile contractante având obligația fermă de a nu folosi referințe tehnice care pot conduce la un anumit producător (decât,

doar atunci când în mod excepțional cerința tehnică impusă nu poate fi definită în alt mod, caz în care în mod obligatoriu trebuie folosită și expresia "sau echivalent").

Entitatea contractantă susține următoarele:

Având în vedere că nu este o lucrare realizată de la zero, și faptul că lucrările licitate se realizează în bună parte în instalații existente (în mod special STE) referirea la instalațiile existente (chiar dacă au fost realizate de un alt contractor, diferit de Siemens în acest caz) a fost necesar ca documentația de licitație să includă și unele referiri la acestea, fără a fi cerințe obligatorii, așa cum se sugerează de Siemens)

În ceea ce privește critica contestatoarei:

În acest sens, potrivit art. 166 alin. (2) și (3) din HG nr. 394/2016:

"(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.

(3) Prin excepție de la dispozițiile alin. (2), stabilirea specificităților tehnice prin precizarea elemente/or prevăzute la alin. (2) este permisă în situații excepționale, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu dispozițiile alin. (1); în aceste situații, precizarea elementelor prevăzute la alin. (2) este însoțită de cuvintele "sau echivalent"."

Entitatea contractantă susține următoarele:

Lucrarea licitată prezintă specificul, așa cum s-a mai menționat, că lucrările licitate se realizează în bună parte în instalații existente și au fost necesare unele precizări pentru buna înțelegere și implicit pentru oferirea unor soluții care să se integreze în sistemul existent (în cazul de față Substația de Tracțiune Electrică Orășoara).

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Totodată, în privința cerinței din capitolul 5.34 Instalații fixe de tracțiune electrică din studiul de fezabilitate (pag. 441), de a extinde prin modificare software sistemul SCADA existent în Substațiile de Tracțiune, asupra acestuia producătorul având drepturi de proprietate intelectuală hardware și software, soluția cerută impune în mod clar folosirea unor echipamente și soluții produse, bineînțeles, de aceeași firmă concurentă,

Entitatea contractantă susține următoarele:

Sistemul SCADA a fost, de asemenea, modernizat în cadrul unui contract anterior finalizat în anul 2013. Solicitarea de a integra soluția ofertată într-un sistem existent este normală. Integrarea se poate face prin interfațate cu sistemul existent. Nu se poate accepta tehnico-economic o soluție ruptă de acest context. O altfel de soluție ar reprezenta-o un nou sistem pentru toate instalațiile, inacceptabilă ca urmare a costurilor suplimentare foarte mari și afectării suplimentare a operării sistemului existent.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Nu am indicat justificarea acestei cerințe care forțează ofertanții să apeleze la Operatorul Concurent atâta timp cât modificarea cerută de CFR la nivelul acestor echipamente poate fi efectuată în mod simplu prin adăugarea unui sistem modern nou și nu prin extinderea celui existent (care evident nu poate fi făcută decât de Operatorul Concurent).

Entitatea contractantă susține următoarele:

Nu se poate afirma că sistemul existent nu ar fi modern, nou fiind finalizat în anul 2013. Sistemul existent permite extinderea prin interfațare cu noul sistem care poate fi propus de oricare din ofertanți și nu necesită să fie realizat de vechii contractori (... și ...) Ofertantul poate oferta/propune și alte soluții dacă acestea sunt mai performante decât cele solicitate, cu condiția integrării într-un concept unitar de funcționalitate, protecție, conducere și teleconducere

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Operatorul Concurent este favorizat și prin faptul că în ceea ce privește elaborarea proiectului Liniei de Contact aferent Lotului 2, definirea soluției tehnice la interfața dintre cele două proiecte, se bazează pe o soluție deja implementată cu parametri tehnici specifici Operatorului Concurent, parametri pe care CFR îi impune prin intermediul "Studiului de fezabilitate" în "Specificația tehnică Anexa 2", creând, iarăși, un avantaj direct acestuia,

Entitatea contractantă susține următoarele:

Interfațarea se face cu două soluții tehnice pentru construcția liniei de contact și anume: PO Ghiroda - Timișoara Est, realizate în anul 1975 de ISAF SA, și stațiile CF Arad, respectiv Ghiroda realizate recent de Alstom. Mai mult soluția tehnică nu este definită pentru interfețele cu sistemele existente (menționate) și nu se bazează pe soluția implementată de "Operatorul Concurent" ci pe "Cerințe tehnice minime și principii pentru modernizarea instalațiilor de electrificare feroviară", aprobate de conducerea ... SA (documentul de avizare CTE Nr. 88 din 19.05.2011), precum și a solicitării din caietul de sarcini al SF-ului care a impus respectarea acestui document.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

În mod concret, acești parametri sunt:

- *geometria armăturii pantografului cerută prin documentația de licitație care este de 1600mm; or, conform STI- Energie pentru interoperabilitate se poate folosi și pantograful cu geometria armăturii de 1950mm (limitarea la 1600 mm nu este justificată);*
- *firul de contact din material Cu-ETP cerut prin caietul de sarcini are ca înlocuitor modern firul executat din materiale din Cu cu aliaje de argint (Ag), staniu (Sn), cadmiu (Cd) și/sau de magneziu (Mg), iar toate acestea sunt conforme cu standardul european EN 50149, astfel se conferă o fiabilitate mai mare instalației LC;*
- *cablu purtător Bz 65 conform NF C34- 110-2 poate fi echivalat cu 70/19BzII sau superior conform DIN 48201;*
- *lungimea maximă permisă în caietul de sarcini a unei deschideri între doi stâlpi LC este de 63m. Conform noilor soluții aplicabile în cazul circulației cu viteze de 200km/h, așa cum este cerută în caietul de sarcini, această*

distanță poate fi mult mărită, având în același timp și avantajul unei fiabilități mai mare;

- tensiunile mecanice din firul de contact și cablu purtător pentru liniile directe și curențe sunt de 12kN pentru fiecare conductor iar pentru linii abătute de 10kN, corespunzând instalației vechi; aceste valori pot fi mult mai mari în cazul implementării unei soluții moderne (vezi aliniatul de mai sus cu privire la firul de contact).

Entitatea contractantă susține următoarele:

Conform documentului CTE aprobat de conducerea CNCF "CFR SA: "Linia de contact va fi proiectată pentru o clasă superioară de viteză față de viteza căii de rulare (exemplu pentru cale ferată de 160 km/h linia de contact se va proiecta pentru viteza de 200 km/h) și pentru circulația pantografelor de 1600 mm". STI-Energie nu impune un anumit tip de profil. El a fost definit prin reglementările beneficiarului și atâta timp cât nu contravin TSI sunt obligatorii. Acest lucru nu elimină și utilizarea pantografelor de 1950mm, însă impun reglarea liniei de contact pentru ambele posibilități, care se regăsesc în prezent pe căile ferate române.

- firul de contact de tipul Cu-ETP cerut prin caietul de sarcini, satisface necesitățile tehnice impuse de circulația curenților de sarcină și scurt circuit în linia de contact, cerințele tehnice pentru acesta fiind cele din norma europeană menționată (SR EN 50149). Firul de contact (FC) din Cu, cu aliaje din argint (Ag), staniu (Sn) etc., conferă unele calități acestuia, calități care nu sunt necesare liniei de contact solicitate. De exemplu firul de contact în aliaj cu Ag (2%) îmbunătățește caracteristicile electrice ale FC care nu sunt necesare și ridică costul de achiziție nejustificat de un argument tehnic. La fel și pentru FC din Cu, cu alte aliaje care pot îmbunătăți calitățile mecanice, de asemenea nejustificate tehnic, și de asemenea ar crește nejustificat costul achiziției. Norma indică posibilități de realizare. Ce este necesar tehnico-economic o stabilește cerința instalației.

- conform documentului CTE aprobat de conducerea CNCF "CFR SA conductoarele noi vor fi: "CP din Bz 70, conform normei franceze NF C34-110 (37 fire, în loc de 19), acest lucru fiind stabilit în urma experienței de exploatare a căii ferate. Acest lucru nu reprezintă nicio restricție pentru aprovizionare (cu excepția faptului ca un contractor are în stoc materiale pe care ar dori să le utilizeze în acest proiect), producătorii din orice țară putând-ul produce pe baza precizării normei. Stabilirea lungimii maxime permise (deschiderea maximă) de 63 m este specifică în electrificarea căilor ferate din România, stabilită în condițiile specifice de lucru a liniei de contact. Caietul de sarcini nu poate fi făcut pe baza diferitelor tipuri constructive realizate de constructori ci impune, justificat (ca și în acest caz) condițiile de realizare.

- cerințele pentru tensiunile mecanice din firul de contact (FC) și cablu purtător (CP) pentru liniile directe și curențe cât și pentru linii abătute sunt precizate în memoriu tehnic după cum urmează:

" Dispozitivele de ancorare complet compensată vor asigura o forță de întindere a conductoarelor constantă (funcție de viteza proiectată a LC și de materialele utilizate și va fi calculată în PTh, dar nu va fi mai mică de 12 kN pe liniile directe și curențe, respectiv 10 kN pe restul liniilor, în toată

gama de temperaturi a conductoarelor (temperatura mediului exterior plus supraîncălzirile datorate curenților de tracțiune și radiației solare) și vor fi prevăzute cu blocaj în cazul ruperii accidentale a conductoarelor;" și prin urmare nu impun aceste valori.

pct. 1 - solicitarea vizează în primul rând parcul de material rulant existent în rețea care utilizează pantograf de 1600, lipsa pantografiului de 1950 reprezintă o eroare materială

pct. 2 - este atributul entității contractante să aleagă unul din tipurile de fir de contact prevăzute în standardul de referință. În acest caz tipul a fost selectat pe criteriul costului cel mai redus.

pct.3 - echivalarea tipurilor de cablu purtător este corectă

pct.4 - este atributul entității contractante să decidă lungimea maximă a deschiderii între stâlpi. Valoarea nu se modifică.

pct.5 - este atributul entității contractante să decidă tensiunile mecanice din conductoare. Valoarea nu se modifică.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Toate elementele de mai sus echivalează cu specificații tehnice restrictive care nu au nicio justificare, restricționează concurența și, pe cale de consecință se impune a fi modificate și actualizate astfel încât să fie respectate prevederile legale și eliminate obstacolele nejustificate.

Entitatea contractantă susține următoarele:

După cum se observă în precizările făcute, specificațiile tehnice contestate nu sunt restrictive decât în câteva cazuri care au ca justificare reglementările beneficiarului, fără a contraveni STI și normelor obligatorii. Cerințele de mai sus reprezintă opțiunea tehnică a entității contractante, ele sunt făcute cu luarea în considerare a documentelor de referință în vigoare și nu restricționează în niciun fel concurența.

În ceea ce privește critica contestatoarei:

Actualizarea acestor elemente este, de altfel, și necesară pentru implementarea unei soluții tehnice competitive "state of the art" și respectarea specificațiilor tehnice de interoperabilitate, standardelor recomandate de UIC pentru Coridoarele europene și coridoarelor TEN

Entitatea contractantă susține următoarele:

Soluțiile propuse în această documentație sunt soluții pentru implementarea unor soluții tehnice competitive "state of the art", așa cum de fapt este solicitat expres în documentația de licitație, fără, însă, a lăsa libertatea totală a ofertantului de a aplica o anumită soluție. Mai mult, cu excepția unor soluții specifice, cerințele sunt identice cu cerințele tehnice solicitate la lucrările deja executate sau în curs de execuție pe Coridoarele europene. Cerințele tehnice ale entității contractante nu sunt restrictive și nu încalcă niciun document tehnic sau normativ menționat, în vigoare.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, entitatea contractantă menționează că participarea la procedura de achiziție sectorială și contestarea documentației de atribuire sunt opțiuni pentru operatorii economici, or din reglementările legale în vigoare incidente nu rezidă obligația entității contractante de a plăti un așa zis prejudiciu creat operatorilor economici, atâta timp cât în această etapă aceștia nu s-au angajat/ obligat prin nicio formă legală (oferta/ garanție de participare)

față de entitatea contractantă, astfel încât să rezide un prejudiciu din acțiunile entității contractante față de contestator.

Simpla vizualizare/accesare a documentației de atribuire pusă la dispoziția operatorilor economici gratuit de către entitatea contractantă, prin intermediul platformei electronice SEAP, nu poate produce prejudicii operatorilor economici interesați de participarea la procedura de achiziție sectorială iar, în ceea ce privește cheltuielile ocazionate de formularea contestațiilor sunt riscuri pe care și le asumă operatorii economici și independente de deciziile entității contractante.

Entitatea contractantă consideră că acțiunea de despăgubire este inadmisibilă pentru simplul motiv că prin formularea contestației a urmărit obținerea unui rezultat de anulare a procedurii, acțiune ce ar prejudicia atât interesele entității contractante cât și interesele altor operatori economici potențiali ofertanți.

Prin punctul de vedere nr. 1.D/2/947/03.11.2020, entitatea contractantă solicită respingerea contestației SC ... SA ca netemeinică și nefondată, pentru următoarele considerente:

Față de capătul de cerere din cuprinsul contestației privind: „Necesitatea completării documentației de atribuire cu specificații tehnice necesare elaborării ofertei”, entitatea contractantă menționează că a pus la dispoziția operatorilor economici toate specificațiile tehnice detaliate la nivel de Studiu de Fezabilitate, necesare pentru o estimare completă și corectă a lucrărilor necesar a se efectua. Acest deziderat specificat mai sus este susținut prin următoarele:

1. Entitatea contractantă a pus la dispoziția ofertanților un Studiul de Fezabilitate complet (actualizat în anul 2020), întocmit în conformitate cu HG 907 din 2016.

Prin definiție, Studiul de Fezabilitate este documentația tehnico-economică prin care proiectantul, analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții.

2. Entitatea contractantă a supus ofertării Proiectul de Execuție în conformitate cu HG nr.907/2016 *„Proiectul tehnic de execuție constituie documentația prin care proiectantul dezvoltă, detaliază și, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opțiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții; componenta tehnologică a soluției tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiții, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuție ”.*

Astfel, solicitările contestatorului, reprezintă detalii ce pot fi cunoscute la nivel de Proiect de Execuție, adică exact ce entitatea contractantă a supus ofertării.

Mai mult, în conformitate cu caietul de sarcini și Studiul de Fezabilitate pus la dispoziția ofertanților, entitatea contractantă a dorit ca potențialii ofertanți să poată alege și detalia (prin proiectanții declarați), soluția tehnică optimă.

Mai mult, entitatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 9, alin.(1) din Legea nr. 101/2016, prin măsura de remediere adoptată, a

luat decizia de a pune la dispoziția tuturor operatorilor și documentația economică ce cuprinde datele relevante și face parte din studiul de fezabilitate aferent obiectivului de investiții.

În ceea ce privește *"Caracterul restrictiv al cerinței de calificare privind experiența similară în prestarea serviciilor de proiectare"* invocat de contestatoare, entitatea contractantă a stabilit criteriul de selecție în conformitate cu legislația incidentă prezentei proceduri de atribuire.

Față de incidența prevederilor art. 9 alin (4) din Instrucțiunea ANAP nr. 2 /2017 invocate de contestatoare, entitatea contractantă susține că extinderea perioadei de referință privind prestarea de servicii similare într-o perioadă mai mare de 3 ani este o opțiune și nu o obligație, iar în situația în care entitatea contractantă ar fi optat pentru extinderea acestui termen, prevederile alin. (5) din același articol instituie obligația entității contractante de a prezenta argumente la nivelul strategiei de contractare, din care să reiasă fără echivoc necesitatea extinderii acestei perioade de referință.

Cu toate acestea, entitatea contractantă a respectat regulile instituite de legislația incidentă prezentei proceduri de achiziție sectorială dar, pentru a veni în întâmpinarea operatorilor economici interesați de participarea la procedură, și pentru a nu ingradi accesul operatorilor raportat la proiectul în cauză, entitatea contractantă a luat decizia extinderii perioadei de referință pentru verificarea experienței similare în prestarea de servicii de proiectare în domeniul obiectului contractului, pentru a da posibilitatea participării la procedură a cât mai multor operatori economici.

În acest sens entitatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 9, alin.(1) din Legea nr. 101/2016, a adoptat ca măsura de remediere extinderea perioadei de referință pentru verificarea experienței similare în prestarea de servicii de proiectare în domeniul obiectului contractului la 5 ani.

O extindere pe o perioada mai mare de 5 ani entitatea contractantă o consideră neadecvată având în vedere dinamica modificării procedeele tehnologice de execuție și modificările legislative incidente domeniului.

La stabilirea criteriilor de selecție entitatea contractantă a avut în vedere ca viitorul proiectant să aiba o expertiză în domeniu cât mai actuală, pentru a putea alege cât mai corect procedeele tehnologice de execuție și materialele ce urmează a fi folosite în conformitate cu reglementările tehnice în vigoare.

Având în vedere cele prezentate în prezentul punct de vedere, entitatea contractantă solicită respingerea cererilor ... S.A. față de care nu s-au adoptat măsuri de remediere, și să se mențină prevederile documentației de atribuire așa cum a fost publicată în SEAP.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 48919/06.11.2020, ...formulează note scrise prin care solicită:

- admiterea contestației ...;
- respingerea apărărilor invocate prin punctul de vedere ... ca fiind neîntemeiate.

Contestatoarea reiterează faptul că clauza suspensivă este nelegală din cauza formulării date de ..., care îi permite acesteia o libertate nelimitată de decizie.

..., prin punctul său de vedere, se străduiește să argumenteze că o clauză suspensivă care condiționează semnarea contractului de obținerea finanțării este în principiu legală.

Însă legalitatea sau nelegalitatea unei astfel de clauze trebuie analizată prin raportare la formularea sa concretă și ținând cont de limitele legii.

Prin formularea extrem de largă și necondiționată dată de ... acestei clauze - „semnarea contractului de proiectare și execuție lucrări se va face numai după asigurarea sursei de finanțare” - entitatea contractantă și-a creat în mod artificial un pretext nelegal pentru a amâna semnarea contractului cu ofertantul câștigător, fără nicio posibilitate pentru câștigător de a obține despăgubiri sau de a o determina să încheie contractul, cu încălcarea art. 143 și art. 145 din HG nr. 395/2016.

Totodată, ...a încălcat notificarea ANAP nr. 256/8.12.2016 de aprobare a modelului de fișă de date, versiunea decembrie 2016, în care ANAP precizează că o „clauză suspensivă” referitoare la obținerea finanțării *„nu trebuie să permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului (adică și în situațiile în care nu a fost întreprinsă nicio diligență sau șansele sunt scăzute, pentru obținerea finanțării), având în vedere că art.143 din HG nr. 395/2016 stabilește obligația entității contractante de a încheia contractul cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare”.*

Or, clauza suspensivă formulată de ...tocmai asta face, permițându-i entității contractante o conduită contrară legii, de a tergiversa sau chiar de a împiedica semnarea contractului, prin invocarea neîndeplinirii unei condiții care depinde în mare măsură de propria sa conduită.

ANAP consideră că *„nu se justifică inițierea procedurilor de atribuire înainte de semnarea contractului de finanțare, chiar dacă încheierea contractului de achiziție este condiționată de semnarea acestuia, în măsura în care nu există certitudinea că proiectul este eligibil și va fi semnat contractul de finanțare prin care se asigură resursele financiare necesare pentru execuția contractului de achiziție.”*

Este evident că finanțarea nu poate fi obținută fără concursul entității contractante. Operatorii economici implicați în procedură nu au nicio vizibilitate cu privire la eforturile ... în acest sens (sau lipsa acestora), ... putând invoca la nesfârșit neasigurarea sursei de finanțare.

Crearea posibilității unui comportament nelegal, abuziv, care să nu poată fi sancționat de ofertant prin obținerea de despăgubiri (deoarece ... ar invoca acceptarea clauzei suspensive de către ofertant) și nici prin obligarea semnării contractului (deoarece ... ar invoca nelegalitatea semnării contractului fără a avea asigurată sursa de finanțare) reprezintă o încălcare în sine a art. 143 din HG nr. 395/2016, independent de conduita viitoare concretă a

Din acest motiv, „asigurările” date de ... prin punctul de vedere în sensul că „întreprinde toate demersurile ce se impun în vederea obținerii finanțării respectiv a semnării contractului de finanțare” nu înlătură

caracterul nelegal al clauzei pe care a introdus-o în documentația de atribuire, fără a ține cont de obligațiile legale care îi revin și de opinia ANAP.

Clauza suspensivă trebuie reformulată, astfel încât să nu permită o aplicare care să confere autorității contractante o libertate nelimitată de decizie înainte de încheierea contractului conform îndrumării ANAP.

Totodată, presupunând că obținerea finanțării este considerată fezabilă de ... - ceea ce ar trebui să constituie oricum o premisă pentru lansarea procedurii - atunci nu ar trebui să aibă o reținere în a se angaja să obțină finanțarea într-un anumit termen determinat, considerat rezonabil și suficient, iar nu doar să ofere o estimare neangajantă.

Trebuie avut în vedere faptul că elaborarea unei oferte pentru un contract care include și proiectarea este mult mai costisitoare decât elaborarea unei oferte doar pentru execuție. Proiectarea are o pondere în Contract de 2%-3% din valoarea totală a contractului, iar, în faza de ofertă, ofertanții sunt obligați să suporte cheltuielile proiectării necesare prezentării ofertei fără vreo garanție cu privire la adjudecare.

De asemenea, contestatoarea apreciază că modificările făcute de entitatea contractantă cu privire la riscurile lucrărilor, față de modelul de contract aprobat prin HG nr. 1/2018, reprezintă condiții speciale nelegale și nule.

Astfel HG nr. 1/2018 stabilește condițiile generale de contract aplicabile pentru procedură, precum și limitele în care entitatea contractantă poate să prevadă condiții speciale, care să deroge de la cele generale.

Potrivit HG nr. 1/2018, ... avea dreptul să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele și numai în legătură cu subiectele prevăzute de HG nr. 1/2018 (clauzele 5, 8, 9,10,19, 24, 44 și 45) iar „Orice altă Condiție Specială este nulă”.

Cu toate acestea, prin capitolul 3.4 Ipoteze și Riscuri al celor două caiete de sarcini, ... a prevăzut că mai multe categorii de riscuri specifice beneficiarului, conform clauzei 68.1 din condițiile contractuale generale, sunt transferate către antreprenor, modificând astfel implicit clauza 68.1 pe care nu avea dreptul să o modifice.

Mai mult, ... a prevăzut că orice alt risc neidentificat în acel capitol va fi tot responsabilitatea antreprenorului.

Prin punctul său de vedere, entitatea contractantă înaintează două contraargumente față de criticile ... SA:

- Avizele emise de ANAP ca urmare a exercitării controlului de verificare ex-ante, control ce vizează documentația de atribuire, inclusiv caietele de sarcini; și
- Experiența ... în derularea unor contracte similare, care a permis identificarea acestor riscuri.

Entitatea contractantă nu aduce niciun contraargument față de nulitatea acestor condiții speciale introduse în caietele de sarcini, prin raportare la prevederile HG nr. 1/2018.

Mai mult, cele două contraargumente aduse de ... nu sunt în măsură să acopere nulitatea acestor condiții speciale:

- Avizele ANAP nu fac nicio mențiune cu privire la modificările aduse de ... regimului riscurilor contractuale. Avizul necondiționat arată doar că verificarea ex-ante nu a constatat abateri cu privire la aspectele de calitate și/sau de regularitate cuprinse în listele de verificare, conform art. 14 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 98/2017, acesta nereprezentând o confirmare a legalității întregii documentații de atribuire. Avizul necondiționat nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile, conform art. 15 din OUG nr. 98/2017.

- Aceste riscuri nu au fost identificate grație experienței ... în derularea unor contracte similare, ci prin eforturile Guvernului, care le-a prevăzut în HG nr. 1/2018, clauza 68.1 din condițiile generale, în sarcina beneficiarului, nu a antreprenorului, fără posibilitatea pentru beneficiar de a modifica această clauză.

... încearcă prin capitolul 3.4 din caietul de sarcini să îi transmită antreprenorului răspunderea nelimitată pentru toate riscurile neidentificate în mod expres în contract, precum și pentru următoarele riscuri care îi revin în mod legal beneficiarului.

Aceste riscuri nu ar putea niciodată să fie prevăzute de un antreprenor, indiferent cât de diligent ar fi la data depunerii ofertei, deoarece majoritatea acestor riscuri țin de informații la care ofertantii nu pot avea acces și deci pe care nu le pot cota în mod corespunzător în prețul ofertei (ex. vestigii arheologice, muniții, utilități, necesar de lucrări suplimentare, exproprieri, risc de modificări legislative, forța majora, etc.).

Transmiterea acestor riscuri în sarcina Ofertantului va conduce la oferte supraevaluate și, în final, la costuri de realizare a proiectului care includ riscuri care ar putea să nu se materializeze niciodată, dar pe care Beneficiarul le va plăti Antreprenorului deoarece ofertele pentru contractele de Proiectare și Execuție sunt în valori forfetare și nu pe articole de deviz, ofertantul considerând costul acestor riscuri în costul total al contractului. Ca atare, se impune înlăturarea capitolului 3.4 din caietul de sarcini și modificarea acestuia în vederea eliminării cerințelor care, în fapt, echivalează cu introducerea mascată a unor Condiții Speciale suplimentare și nelegale.

Cu privire la criticile privind transmiterea nelegală către Antreprenor a riscurilor legate de documentația deficitară realizată de Beneficiar, ... a adoptat măsuri de remediere, eliminând în integralitate paragraful al doilea din sub-clauza 8.2 din Condițiile Speciale. Ca atare, secțiunea 4.2.2 a contestației a rămas fără obiect. Rațiunea care a determinat-o pe CFR să renunțe la aceste condiții speciale, prin care urmărea să transmită nelegal către antreprenor riscuri ale beneficiarului, ar fi trebuit să o determine pe ... să renunțe și la capitolului 3.4 din caietul de sarcini, prin care, în egală măsură, entitatea contractantă transmite nelegal către antreprenor riscuri ale beneficiarului.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 48993/09.11.2020, SC ... SRL formulează note scrise prin care solicită:

- admiterea contestației SC ... SRL;

- respingerea apărărilor invocate prin punctul de vedere ... ca fiind neîntemeiate.

Contestatoarea apreciază că măsurile de remediere dispuse sunt insuficiente și, în orice caz, ineficiente, iar punctul de vedere al ... conține apărări nefondate și afirmații generale.

Contestatoarea critică cerința de calificare referitoare la experiența similară în prestarea serviciilor de proiectare ca fiind disproporționată, restrictivă și, respectiv, ca având ca efect restrângerea concurenței.

Prin măsurile de remediere publicate reiese intenția entității de a veni în sprijinul operatorilor economici interesați de participare în procedură prin extinderea perioadei de referință a experienței similare în proiectare, de la 3 ani la 5 ani. Însă această măsură nu este suficientă.

Nici prin intermediul remediilor entitatea nu a luat în considerare complexitatea și durata proiectelor similare dezvoltate până în prezent atât în România, cât și în alte țări europene, valoarea minimă solicitată (de 35.000.000 RON) fiind foarte mare, luând în considerare durata lungă de execuție a unor astfel de proiecte.

Apare o discrepanță între durata perioadei de referință impuse (inițial de 3 ani, corectată apoi la 5 ani) și durata de execuție foarte mare a unor asemenea proiecte complexe, acest aspect fiind subliniat chiar de cerința de dovedire a experienței similare.

Perioada necesară dovedirii experienței similare în "realizarea de lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau reparație și/sau reabilitare instalații de semnalizare c.f. (Centralizare electronică și ETCS nivel 2) și telecomunicații c.f. (inclusiv GSM-R)" ar trebui să fie corelată cu perioada de timp necesară dovedirii experienței în proiectare, respectiv de 10 ani.

Alternativ, pentru a se asigura o proporționalitate corespunzătoare între valoarea minimă a experienței similare solicitate și perioada de referință, dacă se dorește menținerea perioadei de 5 ani, este necesară neapărat reducerea valorii minime de referință.

Astfel, cerința (atât cea inițială, cât și cea modificată prin măsurile de remediere) încalcă prevederile art. 63 din Legea 99/2016 care obligă entitățile contractante de a nu concepe elemente ale achizițiilor publice cu scopul restrângerii artificiale a concurenței ori pentru a favoriza/defavoriza anumiți operatori economici.

Asigurarea unui cadru concurențial adecvat și a unui tratament egal tuturor operatorilor economici impune eliminarea din obiectul achiziției a elementelor de favorizare evidentă a operatorului concurent. În speță, a tuturor activităților și lucrărilor necesare modificărilor instalațiilor de automatizare deja implementate în cadrul *"Proiectului de reabilitare linie c.f. Frontieră - Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h. Tronsonul 1: Frontieră -Curtici -Arad -Km 614"*, de care s-a ocupat Alstom.

Sustinerile ... sunt, de altfel, eronate, formulate cu ignorarea mențiunilor propriului caiet de sarcini/studiului de fezabilitate și încearcă, în realitate, să deturneze atenția Consiliului și să mascheze nelegalitățile din procedură.

... prezintă justificările pentru care a decis modificarea instalațiilor CMT Arad și CE din stația Glogovăț, dar nu acestea sunt relevante, ci justificările pentru care se impunea includerea acestor modificări în cadrul obiectului prezentei proceduri (justificări care lipsesc cu desăvârșire).

În cadrul proiectului este definită în mod clar limita geografică a noilor instalații de Centralizare Electronică (CE), respectiv RBC ce vor fi implementate în Lotul 4 cu vechile instalații din Arad și Glogovăț. Din acesta rezultă în mod evident că entitatea contractantă cunoaște exact unde se termină posibilitatea de implementare a unei soluții noi pe acest tronson și anume la semnalele prevestitoare ale stației Glogovăț PrXT/PrYGF, respectiv PrXTF/PrYG, Toate modificările de linii necesare a fi executate în continuare de la aceste semnale, respectiv în capătul Y al stației Glogovăț, vor fi integrate în software-ul și hardware-ul instalației existente de centralizare electronică a stației Glogovăț, conform cerințelor caietului de sarcini. Or, acest aspect determină un avantaj competitiv semnificativ operatorului concurent ce a implementat sistemul în stația Glogovăț.

Nu pot fi reținute afirmațiile ... din punctul de vedere potrivit cărora ar fi necesară doar o rescriere a softului întrucât, pe lângă faptul că o asemenea cerință nici nu a fost precizată prin documentația de atribuire (menționarea sa pentru prima dată doar prin punctul de vedere nefăcând altceva decât să confirme criticile contestatoarei), sunt necesare în mod evident modificări hardware substanțiale.

Entitatea contractantă nici nu menționează cum se poate rescrie softul instalat de un anumit operator economic și în privința căruia doar acesta are drepturile de autor și drepturile de a interveni/modifica softul instalat.

În orice caz, softul este asociat întregului hardware amplasat, însă entitatea nu face nicio referire la necesitatea instalării unui nou hardware corespunzător instalației CE Glogovăț.

Numai operatorul economic care a implementat instalația Glogovăț deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului propriu, aferente instalației de centralizare electronică, fiind singurul care poate modifica și adapta la noua configurație.

"Rescrierea software" sugerată de entitate implică, pe lângă modificarea hardware-ului aferent, efectuarea modificărilor necesare sistemelor RBC și CMT din stația Arad, fiind implicată, de fapt, interoperabilitatea întregului sistem zonal și întreaga structură aferentă.

Toate aceste informații sunt cunoscute de către operatorul concurent și de către ..., însă nu și de către ceilalți operatori interesați de participarea în procedură. Nefurnizarea (chiar și parțială a acestor informații) face imposibilă integrarea unei instalații noi în sistemul existent de către oricare alt furnizor în afara celui care a implementat sistemul existent.

În ceea ce privește afirmația entității contractante conform căreia *"Instalația DISPECER de tip CMT Timișoara va prelua circulația trenurilor din capătul Y al stației Arad, pe linia 218 și de la R2 Glogovăț, pe linia CF 218A,*

rezultând modificări minime la CMT Arad. Cel puțin o parte dintre aceste modificări ar fi fost efectuate și fără să fie inclusă în proiect linia CF 220", contestatoarea susține că modificări minime doar operatorul concurent poate face.

Pe lângă faptul că, încă o dată, ... confirmă necesitatea efectuării unor lucrări de modificarea instalației din stația Arad, ... nu arată nici cum aceste lucrări au fost incluse în documentația publicată în SEAP, nici cum costurile aferente au fost avute în vedere și introduse în bugetul achiziției, ci doar pretinde că acestea ar fi minime.

Modificarea instalației dispecer de tip CMT Arad trebuie să includă atât modificările datorate noii configurații a stației CF Glogovăț (a instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț), cât și necesității de interfațare cu viitoarea instalație dispecer tip CMT care se va implementa, aceste modificări fiind majore. În niciun caz minore cum pretinde ..R.

Modificarea software-ului aferent sistemului RBC din stația Arad trebuie să includă atât modificările instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț la noua configurație de linii, cât și modificările de interfațare (realizarea handover-ului în vederea asigurării interoperabilității) cu sistemul RBC care se va implementa în cadrul proiectului Lot 4 Arad - Timișoara.

În ceea ce privește interfațarea, în mod complet fals CFR afirmă că *"Interfața se face cu două soluții tehnice [...] Mai mult soluția tehnică nu este definită pentru interfețele cu sistemele existente și nu se bazează pe soluția implementată de Operatorul Concurent ci pe Cerințele tehnice minime [...]"* deoarece pentru buna funcționare a celor două instalații, în punctul de inflexiune între capătul Lotului 2 (RONAȚ TRIAJ GR.D - ARAD al proiectului) și stația Arad, deja modernizată, instalația care urmează să fie proiectată și executată, trebuie adaptată instalației deja existentă în acea zonă.

Astfel, operatorul concurent care deja a implementat în cadrul altui proiect instalația dispecer de tip CMT din Arad are un puternic avantaj competitiv pentru că deține toate drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului și respectiv hardware-ului aferente instalației dispecer de tip CMT din Arad, fiind singurul care poate modifica și adapta la noua configurație stația Glogovăț.

În documentația economică nu se regăsesc explicit nici costurile de modificare a software-ului aferent instalației dispecer de tip CMT din Arad datorită modificărilor instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț la noua configurație de linii, și nici cele aferente modificărilor de interfațare cu viitoarea instalație dispecer tip CMT.

Neprecizarea/ascunderea costurilor are același scop, de a masca favorizarea operatorului concurent.

Contestatoarea susține că nu a identificat nici în documentația de atribuire publicată inițial și nici în pretinsa documentație economică publicată în urma măsurilor de remediere, costurile de modificare a software-ului și hardware-ului interior actual al instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț la noua configurație de linii modificările

corespunzătoare sistemului RBC nu au fost prevăzute în cerințele caietului de sarcini și nici în studiul de fezabilitate.

Modificările trebuiau cuprinse în caietul de sarcini, documentul prevăzut de Legea nr. 99/2016 ca fiind cel care cuprinde toate detaliile/specificațiile tehnice lucrărilor solicitate.

În mod obligatoriu, lucrările solicitate, care fac obiectul achiziției și față de care entitatea contractantă are datoria de a calcula valoarea estimată a procedurii, se regăsesc în caietul de sarcini.

Modificările RBC nu se regăsesc nici în caietul de sarcini și nici în documentația tehnică.

Documentația economică publicată conține tabele necompletate cu niciun fel de sume/costuri prevăzute sau alocate, fiind exclusiv o schiță. De altfel, tabelele nici nu prevăd (chiar și fără sume/costuri alocate) lucrările aferente rescrierii softului, modificării hardware-ului, a instalației CE din stația Glogovăț și a CMT din stația Arad (inclusiv RBC).

Lucrările de interconectare a instalațiilor CE din stațiile adiacente cu BLAI din cadrul acestui proiect sunt cuprinse în documentația tehnică a licitației, dar nu au fost precizate și prevăzute lucrările necesare de modificare a instalațiilor CE din stațiile Glogovăț și Arad în vederea interconectării.

Toate aceste modificări hardware și software ale instalațiilor menționate mai sus se pot executa numai de către operatorul concurent care a realizat anterior aceste instalații, deoarece doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului implementat, ceea ce determină, cum am precizat, un beneficiu concret, nejustificat și disproporționat pentru aceasta.

Așadar, se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct și suplimentar referitor la modificarea și reconfigurarea instalațiilor ce au fost implementate în fapt în cadrul "Proiectului de reabilitare linie c.f. Frontieră -Curtici-Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici - Arad -Km 614", de care s-a ocupat operatorul concurent, pentru a se asigura existența unui cadru concurențial adecvat și a unui tratament egal tuturor operatorilor economici participanți la procedură.

În paragraful "Substații de Tracțiune Electrică-STE" din capitolul 5.3.4 Instalații de tracțiune electrică din cadrul studiului de fezabilitate, este prevăzută varianta de extindere a celulelor GIS existente cu montarea a câte 2 celule compatibile cu cele existente care aparțin aceluiași operator concurent.

Integrarea unei instalații noi într-o instalație existentă, păstrând funcționalitatea ei, presupune modificări și la nivel software, modificări ce pot fi realizate doar în anumite condiții clare (condiții care lipsesc cu desăvârșire din documentația pusă la dispoziție) în principal, dar fără a se rezuma la:

- tipul sistemului SCADA (software SCADA și versiune);
- tipul și configurația serverului/serverelor;
- tipul echipamentelor din panourile pentru telecontrol și monitorizare;

- tipul și configurația stațiilor de lucru;
- tipul switch-urilor de conexiune din DEF;
- standardul/protocolul de comunicație existent la nivelul DEF;
- tipul infrastructurii de comunicație/serviciilor de date;
- confirmarea accesului Antreprenorului („Write” and „Modify”) la configurarea software-ului (offline și în timp real) împreună cu baza de date aferentă;
- procedura de testare a implementării modificărilor la nivelul SCADA local existent și a preluării în DEF corespunzător a instalațiilor deja existente;
- existența unei licențe SCADA de dezvoltare;
- informații referitoare la aplicația SCADA - este de tip "i.nchis"/"deschis".

Prin restricțiile impuse prin caietul de sarcini în ceea ce privește pantograful a devenit imposibilă folosirea unui pantograf cu lungimea de 1950 mm. Această valoare stă la baza definirii unor parametri, necesari pentru a se evita coliziunea fizică sau apariția arcului electric între elementele pantografului (cornul pantografului) și elementele instalațiilor vecine (console, piteni, copertine, semnale etc.

Trenurile care circulă în România pe rutele reabilitate și prinse în coridoarele PAN Europene ETCS, cum de altfel este și acest proiect, cu viteza de 160 km/h sunt dotate cu pantografe de tipul 1950 mm.

Atât timp cât în documentația de atribuire s-a omis un astfel de element esențial (cum este posibilitatea utilizării pantografului de 1950mm), reiese că aceasta nici nu este conformă normelor și instrucțiunilor tehnice în vigoare - o mare parte dintre cerințe și descrieri din studiul de fezabilitate și caietul de sarcini, mai ales pentru specialitatea Liniei de Contact având la bază doar tipul de pantograf 1600 mm.

Atât timp cât proiectarea, achiziția și execuția cad în sarcina antreprenorului, iar criteriul de selecție a firului de contact este costul cel mai redus (adică nu vreun criteriu legat de caracteristici tehnice sau de calitate), legal este ca selectarea firului să revină antreprenorului.

Selectarea firului nu intră în sarcina beneficiarului managementul costului de achiziție, ci îi revine exclusiv antreprenorului. Așadar nu este motivată/justificată cerința ... de a limita utilizarea doar a celor două tipuri de fir de contact AC-100 și AC-80 din material CU-ETP conform SR EN 5014, cerință care, iarăși, este în măsură să determine o favorizare a operatorului concurent.

Aceeași intervenție nelegală a entității contractante în modalitatea de stabilire a cerințelor tehnice și de introducere a unor restricții nejustificate se regăsește și în cazul parametrului referitor la lungimea maximă între stâlpi.

Astfel, ... afirmă: "pct. 4) Este atributul entității contractante să decidă lungimea maximă a deschiderii între stâlpi. Valoarea nu se modifică."

Nu există o instrucție specifică căilor ferate din România, prin care se impune o lungime maximă (deschidere maximă) dintre doi stâlpi consecutivi, ci ține de proiectarea specifică fiecărei zone.

Entitatea contractantă nu este în măsură să impună astfel de specificații în condițiile în care contractul pe care îl atribuie are ca obiect proiectare și execuție. Toate aceste elemente trebuie să rezulte în urma activității de proiectare care cade în atribuțiile antreprenorului, acesta fiind responsabil pentru buna funcționare a instalației.

Or, ca atare, nu este nici oportună și nici justificată impunerea unor lungimi maxime, mai ales când acestea contrazic normele și instrucțiunile în vigoare.

O altă cerință restrictivă care determină o favorizare a operatorului concurent este reprezentată de impunerea unei soluții tehnice obligatorii la nivelul schemei pentru conectarea blocului de linie automat integrat și trecerea la nivel cu calea ferată.

În schema de principiu pentru conectarea BLAI și TN - (echipamente exterioare aflate pe teren) în care se poate observa limitarea legăturilor de siguranță exclusiv la soluția utilizării cablului de fibră optică (CFO în desen) și care impune folosirea mai multor switch-uri specializate necesare interfațării semnalelor din BLAI cu instalația de centralizare electronică (a se vedea în schema dată modulele Switch BLAI și Switch TN), respectiv a secționării CFO subteran la fiecare grup de semnale din BLAI (ceea ce nu a fost acceptat de către ... la proiectele anterioare de reabilitare), aceasta configurație unică fiind regăsită exclusiv în soluția utilizată de operatorul concurent.

În opinia contestatoarei, măsurile de remediere sunt insuficiente și oricum nu vizează motivele subscrisei de contestare.

Nu sunt prevăzute lucrările de asigurare a interoperabilității dintre sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 din cadrul Lotului 2 cu sistemul ERTMS/ETCS nivel 2 implementat în cadrul proiectului de reabilitare tronson 1: Frontieră - Curtici - Arad - Km 614, nefiind prezentate nici detaliile tehnice necesare și nici incluse costurile aferente.

De asemenea, documentația este incompletă și în privința informațiilor relevante referitoare la întocmirea ofertei și elaborarea proiectului Liniei de Contact aferent Lotului 2, pentru care sunt necesare detalii referitoare la modul în care s-a realizat Linia de Contact în proiectul Km 614 - Frontiera în stația Arad și ramificația Glogovăț, care se învecinează cu Lotul 2.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect de *„Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții ”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D” Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții ”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D – Arad”*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 3.917.081.120,59 lei, din care valoarea estimată a lotului 1-”Modernizarea

liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D” este de 1.445.386.706,40 lei, iar valoarea estimată a lotului 2-”Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D” este de 2.471.694.414,19 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, au formulat contestații 3 operatori economici, criticând prevederile acesteia, considerate restrictive.

După depunerea contestațiilor, contestatoarele au depus dovada constituirii cauțiunilor, după cum urmează:

- ... SA a depus cauțiunea în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 2066228338/1/02.11.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria și în valoare de 220.000 lei, cu recipisa de consemnare nr. 206622843/1/02.11.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria;

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 2066048661/1/27.10.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria;

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 206621351/1/30.10.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Galați.

Cauțiunile constituite se vor restitui contestatoarelor, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În ceea ce privește contestația depusă de ... SA, această societate critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire pe care le consideră nelegale, solicitând anularea lor.

Prima critică se referă CLAUZA SUSPENSIVĂ din Fișa de date a achiziției, potrivit căreia „Procedura de atribuire se desfășoară sub incidența prezentei clauze suspensive, în sensul că semnarea contractului de proiectare și execuție lucrări se va face numai după asigurarea sursei de finanțare. Se estimează că perioada pe parcursul căreia se aplică clauza suspensivă este de 12 luni de la aprobarea raportului procedurii”.

Contestatoarea își formulează criticile sub forma mai multor argumente, numerotate de la 20 la 33, în esență, conținutul lor vizând caracterul imprevizibil al respectivei clauze, obligația entității, prevăzută în lege, de a identifica sursele de finanțare anterior organizării procedurii, precum și speculații referitoare la asigurarea unei porțițe de scăpare în situația în care nu îi convine rezultatul procedurii.

Mai susține contestatoarea la punctul 31, că pornind de la prezumția că finanțarea este fezabilă, atunci ... nu ar trebui să aibă rețineri în a se angaja să obțină finanțarea într-un termen dat.

Contestatoarea solicită, în final, reformularea clauzei suspensive, astfel încât să nu permită entității contractante o libertate nelimitată de decizie înaintea semnării contractului, considerând că în acest moment, aceasta este pur potestativă.

Consiliul reține că în practică, în situația unor contracte mari cu finanțare externă pentru care nu s-a deschis, încă finanțarea, autoritățile publice, din dorința de a câștiga timp pentru execuția lucrărilor, încep procedurile de atribuire în paralel procedurile de obținere a finanțării.

Dispozițiile legale citate de contestatoare nu demonstrează nelegalitatea unei astfel de practici, nicăieri în legislație nefiind instituită vreo obligație în sarcina entității contractante care să impună existența în totalitate a fondurilor aferente investiției. Contractul a cărei atribuire se urmărește are o valoare considerabilă, respectiv 3.917.081.120,59 lei, iar durata sa de realizare (proiectare și execuție lucrări) este de 42 luni, deci nu i se poate legal pretinde unei entități să aibă la momentul demarării procedurii suma aferentă acestui obiectiv. Mai mult, bugetele se repartizează anual, după cum rezultă chiar din art. 13 invocat de contestatoare, în cadrul acestui articol nefiind menționată vreo obligație referitoare la existența, la momentul elaborării programului anual al achizițiilor publice, a fondurilor necesare, făcându-se referire doar la identificarea sursei de finanțare. În situația dată, pentru proiecte mari autoritățile/entitățile contractante aleg varianta unor clauze suspensive, amânând semnarea contractelor până la momentul aprobării finanțării, sau a unor condiții rezolutorii, respectiv să semneze contractul, iar în situația neaprobării finanțării, contractul să fie desființat. Ambele tipuri de clauze, atât clauza suspensivă, cât și cea rezolutorie, sunt pe deplin legale, fiind prevăzute în codul civil, neexistând în dreptul administrativ vreo interdicție a le utiliza. Dimpotrivă, interesul public fiind acela al unei absorbții cât mai bune a fondurilor europene, urgentarea inițierii procedurilor de achiziție nu poate fi decât benefică în vederea atingerii acestui obiectiv. Faptul că atât entitățile contractante, cât și operatorii economici au cheltuieli cu participarea la procedură este îndeobște cunoscut, acest lucru neînsemnând că toate procedurile se finalizează cu semnarea contractului sau cu realizarea obiectului contractului, fiecare parte asumându-și un risc rezonabil.

Fiind o condiție suspensivă, chiar dacă se stabilește un termen cert, așa cum solicită contestatoarea, acest lucru nu oferă nicio garanție suplimentară, ci dimpotrivă, ar fi chiar în defavoarea ofertantei câștigătoare.

Astfel, pornind de la prezumția că entitatea ar modifica respectiva clauză și ar transforma termenul estimativ într-unul fix, de 12 luni, iar finanțarea s-ar obține într-o 13 lună, acest lucru ar însemna că la împlinirea termenului fix, de 12 luni, procedura ar fi anulată, ca efect al neîndeplinirii, în termenul stabilit în documentație, a condiției suspensive. Or o astfel de situație ar fi atât în defavoarea ofertantului declarat câștigător, cât mai cu seamă în defavoarea entității contractante, care ar trebui să inițieze o nouă procedură, pierzând, astfel, timp prețios și fonduri pentru organizarea procedurii anulate.

În același timp, existența unui termen fix în locul celui estimativ, de un an, sau chiar semnarea contractului înaintea obținerii finanțării, nu conduce la eliminarea totală a riscului ca aceasta să nu se obțină, nu puține fiind situațiile în care contracte deja semnate au eșuat, ca urmare a pierderii/neobținerii finanțării. Astfel, semnarea contractului fără existența sursei de finanțare, pe lângă faptul că este nelegală, încălcând art. 71 din Legea nr. 500/2002 a finanțelor publice, dar este și defavorabilă operatorilor economici, generatoare de conflicte, aceștia angajând cheltuieli fără posibilitatea de a le recupera conform graficelor. Pe de altă

parte, cheltuielile respective ar fi neeligibile, întrucât ar fi realizate înaintea semnării contractului de finanțare.

În egală măsură, prezumția de bună-credință se aplică și entității contractante, fiind cert că aceasta, ca exponent al statului român, are interesul obținerii în cel mai scurt timp a finanțării, proiectul în cauză fiind unul strategic. Din acest motiv, a porni de la prezumția lipsei de diligență și relei credințe a entității, care ar putea tergiversa *sine die* obținerea finanțării, contravine nu numai principiilor generale de drept, dar și conținutului clauzei respective, un timp estimativ de 12 luni neînsemnând *sine die*, ci presupune o interpretare rezonabilă, a ambelor părți, respectiv ofertantul câștigător și entitatea contractantă. Pe de altă parte, entitatea contractantă nu poate amâna *sine die* semnarea contractului astfel încât și soluțiile tehnice identificate și propuse, dar și prețurile să fie total inadecvate, având în vedere că ofertele și garanțiile trebuie menținute valabile, or acest lucru se realizează doar cu suportul ofertanților, și nu poate fi determinată doar de entitate, prin acțiunile sau inacțiunile sale.

Este evident că interesul entității contractante este acela de a obține finanțarea, și nu de a sta în pasivitate, așa cum sugerează contestatoarea. Pe de altă parte, este evident că scopul oricărei proceduri de atribuire este semnarea contractului, în vederea satisfacerii necesității autorităților/entităților contractante. Cu toate acestea, există riscul de a nu se obține această finanțare în timp util, mai cu seamă în contextul economic actual, în care prioritățile pot fi, oricând, altele, or într-o atare situație, contractul nu poate fi semnat, fără încălcarea altor legi.

Potrivit dispozițiilor art. 14 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice astfel cum a fost modificată, „(1) Cheltuielile bugetare au destinație precisă și limitată și sunt determinate de autorizările conținute în legi specifice și în legile bugetare anuale.

(2) Nici o cheltuială nu poate fi înscrisă în bugetele prevăzute la art. 1 [alin. \(2\)](#) și nici angajată și efectuată din aceste bugete, dacă nu există bază legală pentru respectiva cheltuială.

(3) Nici o cheltuială din fonduri publice nu poate fi angajată, ordonanță și plătită dacă nu este aprobată potrivit legii și nu are prevederi bugetare.”

[Normele](#) metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice [nr. 1.792/2002](#), dispun la fel de clar: „Pentru acțiunile multianuale se înscriu distinct în buget creditele de angajament și creditele bugetare.

Pentru acțiunile multianuale ordonatorii de credite încheie angajamente legale în limita creditelor de angajament aprobate în buget pentru exercițiul bugetar respectiv.

Cheltuielile de investiții se angajează individual în cadrul angajamentelor multianuale care reprezintă limita superioară de angajare.

Toate angajamentele legale din care rezultă o cheltuială pentru investiții publice sau alte cheltuieli asimilate investițiilor, cofinanțate de o

instituție internațională, se vor efectua în conformitate cu prevederile acordului de finanțare.

Creditele bugetare aferente acțiunilor multianuale reprezintă limita superioară a cheltuielilor care urmează a fi ordonanțate și plătite în cursul exercițiului bugetar. Plățile respective sunt aferente angajamentelor legale efectuate în limita creditelor de angajament aprobate în exercițiul bugetar curent sau în exercițiile bugetare anterioare”.

Totodată, art. 149 din Normele metodologice aprobate prin 394/2016, citate de contestatoare, au un înțeles mai larg decât cel dat de aceasta în conținutul contestației, înțeles care rezultă din tot articolul: „(1) Entitatea contractantă are obligația de a încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare.

(2) În cazul în care entitatea contractantă nu poate încheia contractul sectorial/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câștigătoare, ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru, aceasta are obligația să declare câștigătoare oferta clasată pe locul doi, în condițiile în care aceasta există și este admisibilă.

(3) În situația prevăzută la alin. (2), în condițiile în care nu există o ofertă admisibilă clasată pe locul doi, entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru, în condițiile art. 225 alin. (1) [lit. a](#)) din Lege”.

Deci, articolul respectiv stabilește la alin. (1) o regulă de bază, aceea a semnării contractului cu ofertantul declarat câștigător, și nu cu un alt ofertant sau cu un alt operator. Alin. (2) stabilește situația de excepție, respectiv semnarea cu ofertanții clasati pe următoarele poziții.

Condiția suspensivă introdusă în documentație nu se referă la posibilitatea entității de a semna contractul cu un alt ofertant decât câștigătorul, ci doar amână semnarea contractului până la momentul apariției sursei de finanțare. Deci, temeiul de drept invocat nu se referă la situația de speță.

Din aceste motive, criticile formulate de contestatoare referitoare la clauza suspensivă sunt nefondate, urmând a fi respinse de Consiliu.

În ceea ce privește pct. 4.2 din contestație, contestatoarea își prezintă argumentele sale de la pct. 34 la 58 din contestație, subliniind, în principal, diferențele față de condițiile generale prevăzute în anexa 2 - Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de proiectare și execuție de lucrări a HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Aceasta subliniază caracterul imperativ al normelor respective, entitatea contractantă neputând deroga de la ele.

În ceea ce privește clauza 8.2 din Condițiile speciale, Consiliul reține că entitatea contractantă a dispus măsuri de remediere, respectiv a exclus paragraful „Beneficiarul nu va fi responsabil de orice eroare, inacuratețe sau omisiune de orice fel din Caietul de Sarcini inclus inițial în Contract și nu va fi obligat să fi demonstrat acuratețea sau completitudinea oricăror

date sau informații, dacă un antreprenor cu experiență nu a descoperit eroarea atunci când a studiat Caietul de Sarcini, înainte de data semnării Contractului”, motiv pentru care critica aferentă va fi respinsă ca rămasă fără obiect, având în vedere că măsura de remediere a fost postată în SEAP, cu documentul [\[CN1025423/00149\]](#) din 02.11.2020.

În ceea ce privește pct. 3.4 din caietele de sarcini aferente celor două loturi, Consiliul reține că singurele apărări formulate de entitatea contractantă se referă la aprobarea de către ANAP a documentației de atribuire. Consiliul reține că ANAP nu verifică, în amănunt, specificațiile tehnice, răspunderea pentru conținutul lor revenind exclusiv entității contractante.

Din analiza documentației de atribuire aferentă celor două loturi, Consiliul reține că modelul de condiții generale postat în SEAP respectă întru totul prevederile anexei nr. 2 din HG nr. 1/2018. În schimb, pct. 3.4 din ambele caiete de sarcini cuprind formulări ale riscurilor de natură a crea confuzie, aspecte de natură să genereze litigii ulterioare. Chiar dacă în cuprinsul punctului respectiv (pag. 6 a caietului de sarcini) nu se menționează expres că aceste riscuri aparțin antreprenorului, mențiunea dinaintea enumerării fiind „ținând cont de calendarul estimat al derulării activităților cuprinse în caietul de sarcini, Entitatea contractantă a identificat următoarele riscuri:”, sistematizarea informațiilor din pagina respectivă lasă să se înțeleagă că cele enumerate în continuarea textului respectiv sunt riscurile antreprenorului. Această concluzie se desprinde din faptul că imediat după aceste riscuri generale, apar menționate riscurile care cad în sarcina entității contractante, în care nu sunt cuprinse riscurile din hotărârea de guvern. Astfel, o serie de riscuri sunt transferate de la beneficiar la antreprenor, cum ar fi descoperirea unor vestigii arheologice sau similar, care, în mod rezonabil, nu ar fi putut fi prevăzută de un antreprenor diligent la data depunerii Ofertei, întârzierea testării Materialelor, Echipamentelor sau Lucrărilor de către Beneficiar sau Supervisor pe perioada de execuție a Lucrărilor și/sau a Testelor la Terminarea Lucrărilor, precum și a testelor care se efectuează în Perioada de Garanție sau realizarea testelor cu nerespectarea altor clauze contractuale, forța majoră, modificarea legii după data de referință, clauze care în cadrul modelului de condiții generale sunt prevăzute în sarcina beneficiarului, și nu în sarcina antreprenorului.

Față de caracterul contradictoriu al acestor documente, părți ale documentației de atribuire, se impune corectarea pct. 3.4 din ambele caiete de sarcini, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL, această societate critică o serie de prevederi ale documentației de atribuire, considerând că ar exista încălcări grave ale legislației aplicabile și că structurarea obiectului achiziției și introducerea unor elemente restrictive de natură tehnică conferă un avantaj competitiv semnificativ unuia dintre operatorii economici concurenți.

Analizând criticile formulate de respectivul contestator, acesta se plânge de includerea în obiectul activităților solicitate pentru lotul 2 a ramificației de cale ferată Aradu Nou – Glogovăț, care, în opinia sa, ar

determina favorizarea operatorului economic care a implementat instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț, care se află la capătul ramificație introdusă în mod suplimentar.

În motivarea criticilor sale, contestatoarea arată că stația Glogovăț a făcut obiectul unor lucrări substanțiale de reabilitare și modernizare în cadrul *"Proiectului de reabilitare linie c.f. Frontieră -Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici -Arad -Km 614"* de care s-a ocupat concurentul ... (operatorul concurent), or includerea modificărilor acestei stații în obiectul achiziției și a lucrărilor aferente care implică, de altfel, multiple alte schimbări ale sistemelor/instalațiilor puse în funcțiune deja în stația respectivă, conduc la condiționalități speciale care pot fi realizate în prezent doar de către operatorul concurent.

Mai arată că nu se identifică justificarea pentru care lucrările necesare modificării stației Glogovăț nu au fost atribuite operatorului concurent printr-o procedură directă de negociere, ci incluse într-o procedură cu un obiect mult mai amplu.

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat”. Astfel, Consiliul nu are în competența sa stabilirea necesităților entității contractante, respectiv oportunitatea introducerii sau eliminării anumitor lucrări într-un contract sau introducerea acestora într-altul. Pe de altă parte, chiar contestatoarea arată că tronsonul de lucrare la care face referire a fost executat de un alt operator economic, astfel că discuția din cadrul contestației este una pur teoretică, speculativă, din moment ce la acest moment, lucrările respective nu mai pot fi introduse în cadrul respectivului contract. Un al treilea argument este acela că tronsonul de cale ferată ce face obiectul lotului 2 din prezenta procedură se interconectează de lotul deja existent, or era imposibil din punct de vedere al succesiunii logice și tehnologice ca ofertantul care deja și-a executat lucrările să facă interconectarea cu un tronson viitor. Prin urmare, nu prezintă niciun fel de relevanță din punct de vedere al respectării normelor procedurale de desfășurare a procedurii de față dacă în obiectul contractului a cărui atribuire se urmărește sunt cuprinse și anumite lucrări de modernizare pentru alt tronson deja executat, în condițiile în care linia de cale ferată trebuie să aibă cursivitate, indiferent cine a executat tronsonul respectiv. De asemenea, faptul că modificarea configurației automatizărilor stației Glogovăț ar implica „modificarea stației de centralizare electronică deja instalate care determină modificarea sistemului RBC (Radio Block Center), modificarea instalației de management a traficului și, de altfel, modificări ample ale întregului sistem zonal de interfață a sistemelor RBC” nu reprezintă vreun motiv de anulare a respectivelor prevederi, din moment ce toate aceste modificări sunt plătite de entitatea contractantă, având în vedere că fac parte din obiectul contractului a cărei atribuire se urmărește. Contractul este unul de proiectare și execuție, astfel că stabilirea cantităților de lucrări definitive se realizează după finalizarea proiectării. Dimpotrivă, existența unor

specificații tehnice precise pentru lucrările de interconectare este în favoarea operatorilor economici, care pot, astfel, anticipa costurile.

Contestatoarea nu are nicio dovadă că în proiect nu au fost luate în calcul costurile determinate de aceste lucrări, în condițiile în care nu există, încă proiect, devizul general fiind alcătuit pe categorii mari de lucrări, în care se regăsesc telecomunicațiile, nefiind diferențieri între interconectarea cu lotul 1, care se va atribui în cadrul procedurii de față, sau lotul deja executat. Pe de altă parte, operatorul nu aduce niciun fel de dovezi sau de argumente din care să rezulte insuficiența fondurilor disponibile pentru investiția pentru care urmează să se atribuiască contractul, prin neincluderea respectivelor lucrări. De asemenea, nu poate fi acceptată nici soluția propusă de contestatoare referitoare la ruperea din cadrul acestui contract a ramificației de cale ferată Aradu Nou – Glogovăț, prin organizarea unei negocieri cu respectivul operator, pe de o parte, că rolul Consiliului nu este acela de a o determina pe entitate să organizeze o nouă procedură, prin negociere, pentru o parte din acest contract, iar pe de altă parte, că regulile legale referitoare la procedura de negociere sunt unele limitativ prevăzute de lege, tocmai pe motiv că limitează concurența. Totodată, chiar dacă va fi exclus acest tronson din cadrul procedurii, aceste loturi oricum vor trebui interconectate, aceeași problemă putând să apară într-un alt punct, nu în stația Golovăț.

La pct. 7 din contestație, contestatoarea a concluzionat că nu au fost prevăzute și luate în calcul respectivele costuri pe motiv că în cadrul caietului de sarcini lot 2, s-au prevăzut următoarele:

- la pagina nr. 9/83, capitolul 4: *„Antreprenorul/Contractantul are obligația corelării lucrărilor numai cu Antreprenorul/Contractantul de pe Lotul 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr în vederea asigurării continuității tronsonului de cale ferată Timișoara - Arad în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate”,*

- la pagina 15/83 capitolul 4.9: *„Lucrări necesare în vederea interfațării cu laturile adiacente, care pot cuprinde atât lucrări definitive, cât și lucrări provizorii sau adaptări de soft, pentru instalațiile aferente loturilor adiacente, identificate la momentul elaborării proiectului tehnic”,* or, în cadrul caietului de sarcini nu se prevede interoperabilitatea dintre sistemul ETCS nivelul 2 din cadrul lotului 2 cu sistemul ETCS nivelul 2 din cadrul proiectului de reabilitare Tronsonul 1: Frontieră - Curtici -Arad - Km 614, deja implementat, de operatorul concurent.

Consiliul reține că prima expresie citată de contestatoare este inexactă, fiind „îmbunătățită” de aceasta, expresia fiind, în caietul de sarcini, **„Antreprenorul/Contractantul are obligația corelării lucrărilor cu Antreprenorul/Contractantul de pe Lotul 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr în vederea asigurării continuității tronsonului de cale ferată Timișoara - Arad în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate”**, lipsind, astfel, cuvântul **„numai”**. Este evident că introducând acest cuvânt, contestatoarea lasă să se înțeleagă că sensul expresiei este altul, când în realitate, expresia are următorul sens: Întrucât lucrările pentru loturile licate prin această procedură se desfășoară simultan, operatorii câștigători ai respectivelor lucrări se vor coordona, astfel încât sistemele aferente celor două loturi să fie

interoperabile. Că aceasta este interpretarea corectă, **rezultă clar din conținutul său, citat exact**, referirea fiind clară la **corelarea lucrărilor**, și nu la schimbările sistemelor/instalațiilor deja existente în stația Golovăț, deci unde nu va exista un operator cu care să se coordoneze, pentru asigurarea interoperabilității cu acest tronson. De asemenea, o astfel de clauză se regăsește și în cadrul caietului de sarcini aferent lotului 1, fiind clar că se referă la antreprenorii care își vor adjudeca cele două contracte.

Consiliul va reține ca fiind relevante susținerile entității contractante potrivit cărora secțiunea de cale ferată ce face obiectul prezentei achiziții a fost analizată, au existat studii și documentații pe care au fost fundamentate soluțiile la nivel de Studiu de Fezabilitate/Analiza Cost Beneficiu, justificarea introducerii segmentului Aradu Nou - Glogovăț în proiect se găsește și în studiul de trafic, elaborat în cadrul Studiului de Fezabilitate, precum și faptul că incluzând în proiect o variantă ocolitoare între Aradu Nou și Arad s-au respectat și prevederile Certificatului de Urbanism emis de către CJ Arad pentru lucrare. Prin urmare, toate susținerile contestatoarei apar ca fiind pur speculative, din moment ce documentația de atribuire demonstrează că aceste lucrări au fost luate în considerare încă de la nivelul studiului de fezabilitate, dar și în documentele ulterioare.

Contestatoarea mai consideră că favorizarea operatorului concurent este demonstrată și de faptul că entitatea contractantă introduce cerințe și specificații tehnice restrictive care, practic, constrâng ofertanți să se raporteze la soluțiile tehnice ale aceluiași operator economic. Și acest argument va fi înlăturat de Consiliu, fiind absolut cert că existența unei situații de fapt pe tronsonul deja modernizat impune includerea unor specificații tehnice clare și pentru tronsonul care se va lega de acesta, pentru asigurarea interoperabilității între linia existentă și cea care formează obiectul contractului a cărui atribuire se urmărește.

Consiliul nu regăsește niciun argument valid nici în contestație și nici în concluziile depuse din care să rezulte că un operator ar fi favorizat, simpla referire la un tronson de cale ferată deja construit și includerea specificațiilor tehnice care să identifice soluțiilor de interconectare fiind justificate obiectiv. Totodată, existența unei experiențe similare a unui operator economic, indiferent despre ce lucrare ar fi vorba, este o chestiune de la sine înțeleasă, neputând fi considerată nelegală sau pătinitoare.

De asemenea, contestatoarea nu a prezentat vreo dovadă a faptului că ar fi defavorizată față de ofertantul concurent, în condițiile în care și acest ofertant ar avea de realizat aceleași lucrări de modernizare, în situația în care ar câștiga contractul de față, faptul că a executat anterior tronsonul de care urmează să se lege cel a cărui atribuire se urmărește nescutindu-l pe acesta de executarea respectivelor lucrări. Deși se poate prezuma că acesta cunoaște situația de fapt a tronsonului deja construit, care urmează să fie interconectat cu cel ce se va construi, acest „avantaj” teoretic este suplinat de existența în cadrul documentațiilor a informațiilor necesare pentru interconectare. Deci aceste informații nu sunt introduse în documentație spre favorizarea potențialului ofertant indicat în contestație, deoarece se prezumă că acesta deja le cunoaște, în condițiile în care a

executat respectiva lucrare, ci pentru ceilalți operatori, care nu au cunoștință de situația de fapt. Dimpotrivă, lipsa acestor informații ar fi de natură să îi prejudicieze pe operatori, și nu existența lor. Pe de altă parte, contestatoarea mai susține și opinia potrivit căreia informațiile puse la dispoziție ar fi insuficiente (cap. 7. din contestație), arătând că este necesară punerea la dispoziție a întregii documentații realizate în baza contractului anterior, aspect care, de asemenea, nu poate fi acceptat de Consiliu, în condițiile în care fiecare operator trebuie să își dovedească competența și în etapa realizării ofertelor. Informațiile, astfel cum au fost puse la dispoziție de entitatea contractantă, sunt suficiente pentru elaborarea unei oferte, nefiind prezentată nicio dovadă din care să rezulte imposibilitatea elaborării acesteia.

Prin urmare, susținerea contestatoarei conform căreia *«Se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct și suplimentar referitor la modernizarea/reconfigurarea liniei CF Aradu Nou - Glogovăț (indicativ 220) pe o distanță de cca 7 kilometri, **care nu are nicio justificare** a fi "lipit" la proiectul mult mai important al Proiectării și Execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triai Gr.D – ARAD" **alta decât favorizarea evidentă a lui ...**, în vederea atribuirii întregului contract către acesta»* apare ca fiind nefondată, pe de o parte, că nici părțile și nici Consiliul nu au competența de a stabili care este necesitatea entității contractante, iar pe de altă parte, că ofertantul nu a demonstrat favorizarea respectivului operator, în condițiile în care specificațiile tehnice criticate sunt justificate de existența unei situații de fapt.

Consiliul mai reține că opinia operatorului economin potrivit căreia *«Operatorul concurent este favorizat și prin faptul că în ceea ce privește elaborarea proiectului Liniei de Contact aferent lotului 2, **definirea soluției tehnice la interfața dintre cele două proiecte, se bazează pe o soluție deja implementată cu parametri tehnici specifici operatorului concurent, parametri pe care CFR îi impune prin intermediul "Studiului de fezabilitate" și "Specificația tehnică Anexa 2" creând, iarăși, un avantaj direct acestuia**»* (pct. 81 din contestație) este pur speculativă, pe de o parte, pentru faptul că potrivit dispozițiilor legale, cea care stabilește specificațiile tehnice este entitatea contractantă, iar pe de altă parte, că niciodată executarea anumitor lucrări similare celei a cărei atribuire se urmărește nu reprezintă un element neconcurențial sau o practică ilicită, ci dimpotrivă, experiența similară este universal recunoscută ca fiind o cerință de calificare. Nu se poate considera în baza niciunui argument logic și legal că existența unor lucrări similare deja executate ar fi o practică ilicită, deoarece i-ar favoriza pe operatorii care au executat deja lucrarea similară, situația expusă dar interpretată eronat de contestatoare fiind una perfect normală în materia achizițiilor publice. *Ad absurdum*, dacă am porni de la ideea că executarea anterioară de către un operator economic a unor lucrări similare din punct de vedere al specificațiilor tehnice ar fi ilicită, acest lucru ar însemna că niciodată nu poate fi folosit criteriul de calificare experiența similară sau că operatorii care dețin asemenea experiență ar trebui excluși. Cum experiența similară este acceptată unanim în achizițiile publice, concluzia

că operatorul cu experiență ar fi favorizat de documentație apare ca fiind rezultatul unui raționament invalid.

Susținerea contestatoarei potrivit căreia „această configurație unică fiind regăsită exclusiv în soluția utilizată de operatorul concurent” nu înseamnă, în niciun caz, că această soluție este inaccesibilă altor operatori economici, ci în acest caz, pentru soluția de interconectare, ne aflăm în situația în care această parte mică de lucrare este, deja, stabilită, operatorul nemaivând posibilitatea de a-și propune în totalitate propria sa soluție tehnică, având în vedere că aceasta depinde de soluția unui alt operator. Situația și în ceea ce îl privește pe operatorul care își va adjudeca lotul 1, și aici cei doi operatori trebuind să se coordoneze, să își adapteze soluțiile.

Contestatoarea nu aduce niciun fel de dovadă din care să rezulte că tehnologia respectivă face trimitere la un anumit operator economic, fiind proprie doar acestuia, deci inaccesibilă altor operatori, respectiv că specificațiile sunt restrictive, argumentele sale bazându-se exclusiv pe prezumția că executând lucrările în cadrul Proiectului de reabilitare linie c.f Frontieră -Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici - Arad -Km 614, acesta cunoaște procesul tehnologic, având posibilitatea să întocmească o listă de cantități corespunzătoare (pct. 94 din contestație). Consiliul va înlătura respectivele argumente, fiind străine de natura cauzei, scopul unei competiții de asemenea anvergură fiind acela de a atrage operatori care știu să întocmească liste de cantități, și contestatoarea, în calitate de furnizor pentru ... și operator cu experiență, așa cum ea însăși subliniază, nu poate pretinde că nu are posibilitatea întocmirii unei liste corespunzătoare. Această apărare, nu numai că nu este una juridică, nu îi este favorabilă contestatoarei, din moment ce ea se poate traduce prin aceea că are un concurent cu experiență care poate face o ofertă mai bună decât cea proprie.

În același timp, în punctul de vedere exprimat de entitatea contractantă cu privire la contestație, aceasta dezvoltă pe larg apărări referitoare la introducerea tronsonului de cale ferată Aradu Nou -Golovăț în cadrul acestui contract, precum și cu privire la alegerea soluției tehnice, apărări considerate pertinente de către Consiliu. Având în vedere amploarea respectivelor apărări, respectiv paginile 3-12 din punctul de vedere, acestea nu vor fi preluate în motivare, fiind prezentate pe larg, în practica prezentă.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca nefondate toate criticile dezvoltate la cap. 2, paragrafele 1-19, pag. 4-6 și la cap. 6 și 7, paragrafele 44-94, pag. 11-21 din contestație, referitoare la favorizarea operatorului economic care a executat lucrările în cadrul Proiectului de reabilitare linie c.f Frontieră -Curtici -Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră -Curtici - Arad -Km 614 și la necuprinderea respectivelor lucrări în obiectul contractului. Din moment ce argumentele expuse în paragrafele respective pornesc de la aceeași concluzie, eronată, a favorizării unui ofertant care a executat anterior un

alt tronson de cale ferată, analiza fiecărui argument în parte este inutilă, întrucât conduc către același rezultat, respectiv respingerea criticilor contestatoarei.

În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la experiența similară pentru proiectare, aceasta arată că cerința este extrem de restrictivă, fiind impusă o perioadă de referință nejustificat de scurtă de numai 3 ani.

Consiliul reține că potrivit secțiunii III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională cerința 2.) din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, "PROIECTARE - Lot 2

Cerință: Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat și a dus la bun sfârșit în ultimii 3 ani (perioadă ce se calculează de la data limită de depunere a ofertelor), servicii de proiectare în domeniul de cale ferată, cel puțin pentru specialitățile suprastructură cf., terasamente cf, lucrări de artă - cale ferată (poduri/podețe), instalații de semnalizare c.f. (Centralizare electronică și ETCS nivel 2), telecomunicații c.f (inclusiv GSM-R), energoalimentare c.f. (inclusiv SCAD A), linie de contact c.f. în valoare cumulată de minimum 35.000.000 lei fără T.V.A. prin prezentarea a minim 1 contract, maxim 5 contracte.

Domeniile cf. se refera la calea ferată și nu cuprind domeniile metrou și tramvai".

Contestatoarea își justifică criticile arătând că perioada de referință prevăzută pentru demonstrarea experienței similare (3 ani) este excesiv de restrictivă, că există puțini operatori economici care ar putea să facă dovada prestării unor astfel de servicii într-o perioadă de timp atât de limitată, solicitând extinderea perioadei la 10 ani.

În urma depunerii contestației, entitatea a luat măsuri de remediere, respectiv a extins perioada de referință de la 3 la 5 ani.

În urma respectivei măsuri, prin concluziile scrise nr. 4406/06.11.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 48993/09.11.2020, contestatoarea se arată în continuare nemulțumită, solicitând ori extinderea perioadei la 10 ani, ori reducerea valorii contractelor prezentate.

Verificând anunțul de participare, Consiliul reține că pentru activitatea de proiectare, valoarea estimată a serviciilor aferente lotului 2 este de 72.155.789,95 lei, iar durata de realizare a proiectului este de 6 luni.

Consiliul reține relevanța în cauză a prevederilor art. 192 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă".

Dispoziția din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, citată de contestatoare, respectiv art. 2, are următorul conținut: "(1) *Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.*

(2) La stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile/entitățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a fi încheiat, fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu scopul menționat la alin. (1)".

Astfel, dispozițiile legale permit entității contractante să extindă perioada de referință pentru dovedirea experienței similare în proiectare și peste limita de 3 ani, astfel încât să fie respectat principiul proporționalității și în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență. Având în vedere această posibilitate legală, entitatea contractantă a extins perioada respectivă de la 3 la 5 ani.

Este real că există puține lucrări, și prin urmare, și puține proiecte de o asemenea complexitate, dar licitația a cărei atribuire se urmărește este una internațională, iar contestatoarea a participat recent într-o serie de asocieri care au proiectat și executat proiecte similare pe Coridorul IV Pan European. Prin urmare, susținerile acesteia care vizează restricționarea participării la procedură și favorizarea unui anumit operator nu sunt întemeiate, din moment ce doar în România există mai mulți operatori care pot dovedi o asemenea experiență. Pe de altă parte, entitatea contractantă nu a mers la maximum valorii estimate pentru experiența similară, ci la jumătate, iar perioada de 5 ani cu posibilitatea prezentării a 5 contracte este proporțională, mai cu seamă că activitatea de proiectare se va realiza în 6 luni.

Potrivit art. 35 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016, „Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop **demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare**".

Este evident că diminuând drastic experiența relevantă, cerința devine pur formală, neputând demonstra acest potențial al operatorului. Cerința, prin raportare la complexitatea lucrării, este proporțională, având în vedere faptul că pe o perioadă de 6 luni, trebuie proiectată lucrarea în cauză. Prin urmare, extinderea perioadei de referință de la 5 la 10 ani nu este posibilă legal, în condițiile în care pentru partea de proiectare sunt stabiliți 3 ani, autoritatea mergând deja până la 5 ani. Trebuie ținut seama

că promovarea concurenței nu înseamnă primirea în procedură a unor operatori cu o experiență nerelevantă, ci are în vedere tocmai participarea unor operatori cu un potențial comparabil, sens în care este și paragraful din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

În ceea ce privește criticile contestatoarei ce vizează cerința de calificare referitoare la autorizații/agremente AFER, contestatoarea consideră că aceasta este de asemenea, disproporționată, restrictivă și determină restrângerea artificială a concurenței. aceasta arată că în conformitate cu secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din anunțul de participare (replicată și la nivelul fișei de date) a fost impusă următoarea cerință de calificare referitoare la autorizațiile/agrementele AFER ce trebuie prezentate ca documente suport DUAЕ:

"În conformitate cu prevederilor Ordinului MT nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, pentru servicii de proiectare și execuție lucrări în domeniul infrastructurii feroviare, operatorii economici vor prezenta autorizații/agremente AFER valabile la momentul prezentării. (...)

Documentele suport DUAЕ sunt: Autorizațiile/ agrementele AFER pentru: (...)

- **Lucrări de întreținere și reparații curente** la instalații de telecomandă și semnalizare, telemecanică, panouri și pupitre de comandă în DEF, sistemele de conducere automată și achiziție de date, software;

- **Lucrări de construcții și reparații** treceri la nivel cu calea ferată;

- **Lucrări de construcții montaj și reparații** capitale la instalațiile de iluminat interior și exterior în gări, și elementele componente: tablou de distribuție, siguranțe fuzibile, transformator tensiune;

- **Lucrări de întreținere și reparații curente** la instalațiile de iluminat interior și exterior în gări, și elementele componente: tablou de distribuție, siguranțe fuzibile, transformator tensiune;

- **Lucrări de construcții montaj și reparații** capitale la grupurile electrogene;

- **Lucrări de construcții-montaj și reparații** capitale la instalațiile SCB;

- **Lucrări de construcții-montaj și reparații** capitale la instalațiile TTR pentru siguranța circulației. "

Ceea ce critică contestatoarea se referă la solicitarea de autorizații AFER, pe lângă lucrările de construcții, și a lucrărilor de întreținere și reparații, activități care exced obiectului și scopului contractului.

În punctul de vedere, autoritatea contractantă arată că cerința de calificare a fost impusă ca urmare a incidenței prevederilor Ordinului MT nr. 290/2000, lista tipurilor de autorizații/ agremente AFER fiind publicată pe site-ul [http://www.afer.ro/ documents/Lista_clase_editia_%202-2008.pdf](http://www.afer.ro/documents/Lista_clase_editia_%202-2008.pdf), stabilirea tipurilor de autorizații s-a făcut în corelare cu obiectul prezentei proceduri de achiziție.

Verificând lista respectivă, Consiliul constată că într-adevăr, aceasta este denumirea autorizațiilor emise de AFER. De asemenea, legislația specifică (Ordinul nr. 290/2000 și nr. 2180/2012) arată că operatorii furnizori feroviari de bunuri, lucrări și servicii se autorizează pentru activitățile pe care urmează să le presteze. Rezultă, astfel, că dacă un operator se autorizează pentru Lucrări de construcții-montaj la instalațiile SCB, el poate presta și activitatea de reparații, care reprezintă mai puțin decât cea de construcții montaj. Prin urmare, dacă operatorul deține autorizațiile necesare pentru lucrări noi, nu poate fi eliminat că nu are autorizație pentru partea de reparații și întreținere, fiind aplicabil principiul „cine poate mai mult, poate și mai puțin”. Pe de altă parte, după cum rezultă din cele de mai sus și din apărările integrale formulate de autoritate, pot exista și lucrări de întreținere și reparații, mai cu seamă că perioada de garanție este foarte mare, respectiv 60 luni. Totodată, atunci când critică anumite specificații tehnice, operatorii ar trebui să justifice un interes personal, și nu unul abstract. Având în vedere experiența contestatoarei și portofoliul de lucrări de care dispune, este greu de crezut că aceasta nu deține respectivele autorizații, mai cu seamă că recent a dat în exploatare tronsoane de cale ferată tocmai pe Coridorul IV Paneuropean, urmând a asigura service-ul și mentenanța în perioada de garanție.

Prin urmare, văzând dispozițiile art. 185 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 *"toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia"*, Consiliul va respinge respectivele critici ca nefondate, având în vedere că au legătură cu obiectul contractului, iar denumirea autorizațiilor este cea prevăzută în legislația incidentă.

În ceea ce privește criticile referitoare la modificarea condițiilor generale și speciale din Contract, Consiliul reține că acestea sunt identice cu cele din contestația formulată de ... SA, fiind analizate mai sus, nefiind necesară reluarea lor și cu ocazia soluționării prezentei, considerațiile expuse fiind valabile și în ceea ce privește prezenta contestație.

În ceea ce privește cheltuielile de judecată solicitate în contestație, Consiliul observă că până la data prezentei, la dosar nu au fost depuse de SC ... SRL dovezi referitoare la cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (9) teza a doua din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea respectivă.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestațiile formulate de ... SA și SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune modificarea pct. 3.4 din caietele de sarcini ale celor două loturi, în ceea ce privește riscurile contractului, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate restul criticilor din contestațiile formulate de ...SA și SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SA, Consiliul observă că prin adresa nr. 1279/09.11.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 49293/10.11.2020, această societate a formulat cerere de renunțare la contestație, ca urmare a măsurilor de remediere dispuse de autoritate.

Cu observarea prevederilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul urmează să ia act de renunțarea la contestația depusă de către ... SA.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (8) 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, potrivit cărora „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul ia act de renunțarea la contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48972/09.11.2020, formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestațiile formulate de ... SA și SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune modificarea pct. 3.4 din caietele de sarcini ale celor două loturi, în ceea ce privește riscurile contractului, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate restul criticilor din contestațiile formulate de ... SA și SC ... în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, ia act de renunțarea la contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48972/09.11.2020, formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 6 (șase) exemplare, conține 62 (șaizeci și două) pagini.