

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. ...

Prin contestația nr. 5064/28.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 57897/29.12.2020, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ... și CUI ..., reprezentată convențional prin ..., 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 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”, - lot 2, organizată de ... cu sediul în ..., s-a solicitat:*

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;
- anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificare publicate de CFR ca răspuns la solicitările nr. 33 - 34, pct. 7 (pag. 18 - 20), nr. 110-111 întrebarea 6 (pag. 213) și nr. 115 - 116, pct. 9, 18, 19, 47 și 48 (pag. 222 - 237), acestea determinând un avantaj nedrept și anticoncurențial în favoarea operatorului care a implementat sistemele relevante în sectoarele de cale ferată adiacente;
- luarea măsurilor de remediere necesare în vederea eliminării elementelor anticoncurențiale;
- în subsidiar, în cazul în care nu pot fi dispuse măsurile de remediere corespunzătoare, anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiului tratamentului egal,
- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație conform dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 57899/29.12.2020, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., 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", - loturile 1 și 2, organizată de ...SA cu sediul în ...s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații,
- anularea clarificărilor publicate de către entitatea contractantă la nr. 33 - 34, pct. 7 (pag. 18 - 20), nr. 41-42, pct. 5 (pag. 34), nr. 110-111, pct. 2, 3, 4 și 6 (pag. 212), și nr. 115 - 116, pct. 9, 18, 19, 27, 30, 31, 47, 48 și 49 (pag. 222 - 237), din cadrul răspunsului consolidat, acestea determinând un avantaj nedrept și anticoncurențial în favoarea operatorului care a implementat sistemele relevante în sectoarele de cale ferată adiacente, încălcând astfel, printre altele, prevederile art. 2, alin (2) al Legii nr. 99/2016,
- luarea măsurilor de remediere necesare în vederea eliminării elementelor anticoncurențiale și în contradicție cu prevederile art. 2, alin. (2) al Legii nr. 99/2016,
- obligarea entității contractante la emiterea unor răspunsuri de clarificare corecte, complete și care să respecte prevederile legale în vigoare, fără a aduce atingere principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică potrivit prevederilor art. 2, alin. (2) al Legii nr. 99/2016,
- în subsidiar, în cazul în care nu pot fi dispuse măsurile de remediere corespunzătoare, anularea procedurii de atribuire pentru încălcarea principiilor prevăzute la art. 2, alin (2) al Legii nr. 99/2016.

Prin contestația nr. 2532/25.06.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 33020/25.06.2021, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare în Registrul Comerțului ... și CUI ..., reprezentată convențional prin SCA ... 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 ... SA cu sediul în ..., s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;
- anularea în integralitate ca nelegală a adresei CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 referitoare la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire;
- obligarea CFR la luarea măsurilor de remediere necesare și adecvate în vederea punerii în aplicare a Deciziei nr. 178/2021 a Curții de Apel

București și eliminării oricăror elemente care încalcă legislația și principiile achizițiilor publice;

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

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 1295/11.01.2021, ... cu sediul social ... având Cod unic de înregistrare ... reprezentată convențional prin Cab. av. ..., cu adresa pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire antemenționată, formulează cerere de intervenție accesorie în sprijinul și favoarea SC ... SRL, prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie,

- admiterea contestației formulate de către SC ... SRL respectiv:

1. Anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificare publicate de CFR ca răspuns la solicitările nr. 33-34, pct. 7 (pag 18-20), nr. 110-111 întrebarea 6 (pag. 213) și nr. 115-116, pct. 9, 18, 19, 47 și 48 (pag. 222-237), acestea determinând un avantaj nedrept și anticoncurențial în favoarea operatorului care a implementat sistemele relevante în sectoarele de cale ferată adiacente;

2. Luarea măsurilor de remediere necesare eliminării elementelor anticoncurențiale.

- acordarea cheltuielilor de judecată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2020, nr...2020 și nr.../2021 au fost conexate 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. 5064/28.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 57897/29.12.2020, 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.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea precizează sinteza argumentelor:

■ Pe rolul Curții de Apel București se află dosarul nr. 6941/2/2020 constituit în vederea soluționării plângerii SC ... SRL, împotriva Deciziei CNSC nr. .../C4/.../... privind omisiunea adoptării măsurilor de remediere menite să stabilească fără echivoc limitele obligației ofertanților de a asigura interoperabilitatea în stația Glogovăț, în sensul că obiectul contractului nu include intervenția asupra instalațiilor și sistemelor instalate anterior de un operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614;

■ Prezenta contestație vizează clarificările CFR publicate în 18.12.2020 prin care, CFR, nu doar că nu ține cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial apărut la nivelul stației Glogovăț, ci, chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate de același operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614 (lucrări neprevăzute inițial în documentația de atribuire);

■ Ofertanții sunt, astfel puși ca pe riscul și cheltuiala lor să negocieze în mod direct cu operatorul care a instalat sistemele respective și să contracteze drepturi, servicii, asistență și concursul acestuia pentru realizarea obiectului prezentului contract;

■ Efectul de captivitate („lock-in effect”) pe care îl poate avea achiziționarea unor sisteme ale unui operator într-un proiect etapizat, care poate fi dezvoltat secvențial putea fi și trebuia gestionat altfel de CFR, prin asigurarea punctului de legătură între operatorii cu interese concurente (cum de altfel a și făcut-o în proceduri anterioare):

■ Modificarea instalațiilor/sistemelor realizate anterior trebuia privită distinct, fără a fi contaminată o întreagă procedură de atribuire;

■ ... a renunțat fără motiv la practica sa anterioară prin care, în situații similare (în care erau identificate astfel de efecte de captivitate), proceda corect și solicita doar asigurarea interfațării sistemului nou la punctul de contact cu cel vechi în vederea interconectării nu și reconfigurarea / adaptarea / upgradarea celui vechi în vederea interconectării;

■ După cum a procedat și în alte proceduri, pentru asigurarea aceleiași finalități dar cu un risc de distorsionare a concurenței infinit mai mic, ... ar fi trebuit, astfel, să pretindă ca ofertantul câștigător din prezenta procedură să asigure interfațarea sistemului din proiectul nou cu sistemul existent în proiectele învecinate;

■ În același timp, colaborând cu operatorul care a implementat proiectul anterior, trebuia să asigure reconfigurarea / adaptarea / upgradarea sistemului vechi și interfațarea acestuia în vederea interconectării cu cel nou;

■ Interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta creează din start premisele distorsionării concurenței), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile;

■ Există deja precedente în sensul că în împrejurări similare modificările de sistem (software/hardware) au putut fi efectuate doar în baza unei înțelegeri comerciale între autoritățile contractante și cei care au realizat inițial instalațiile și sistemele în discuție: de altfel, aceasta a fost și practica ... și ... în procedurile organizate până acum;

■ Nu este deloc rezonabilă trimiterea forțată a ofertanților la contractarea drepturilor, serviciilor, asistenței și concursului operatorului care a instalat sistemele din proiectul Curtici - Km 614 pentru realizarea obiectului prezentului contract, pe riscul și cheltuiala acestora:

■ Operatorul concurent beneficiază de un avantaj evident în procedură, nu numai prin aceea că va putea oferi un preț mai mic, ci și prin aceea că își va putea vinde scump serviciile competitorilor săi, cu atât mai mult cu cât prin clarificări ... crește dependența de acest operator;

■ ... a introdus abia prin clarificări lista principalelor lucrări o linie generică de tipul „alte costuri” referitoare la costurile importante determinate de reconfigurarea / adaptarea / upgradarea și interconectarea sistemelor livrate anterior și le sugerează operatorilor să introducă și costurile legate de interconectare, fiind astfel confirmată teza că acestea nu au fost avute în vedere de la început și că valoarea estimată a procedurii nu reflectă astfel de costuri:

■ ... nu a cerut ofertare/cotație separată pe aceste lucrări (situație care ar dovedi cu prisosință încălcarea tratamentului egal între participanți), ci le integrează în prețul total al contractului, diluând astfel avantajul în umbra ofertei generale;

■ Înlăturarea efectului anticoncurențial presupune în cazul de față precizarea la nivelul documentației de atribuire că ofertanților li se va cere doar asigurarea interfațării sistemelor din noul proiect cu cele din proiectul vecin.

■ În condițiile în care CNSC apreciază că această măsură de remediere nu este posibilă și că riscurile și costurile contractării serviciilor operatorului concurent cad în sarcina ofertanților, se impune anularea procedurii în condițiile în care modul de organizare al acesteia distorsionează în mod grav concurența și încalcă principiul egalității de șanse între ofertanți.

Contestatoarea a contestat documentația de atribuire publicată, susținând, pe de o parte, 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, iar, pe altă parte, că documentația este lacunară, nefiind avute în vedere implicațiile ce vor apărea la nivel de interoperabilitate zonală și nici costurile asociate.

Prin punctul de vedere înregistrat sub nr. 1.D/2/948/03.11.2020 CFR a indicat că *"instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel ca se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o"*, iar în ceea ce privește caracterul lacunar al documentației a susținut că toate costurile ar fi incluse în pretinsa documentație economică publicată în urma dispunerii măsurilor de remediere. Cu toate acestea, documentația economică publicată de CFR

ca măsură de remediere nu conține costurile de modificare a software-ului și hardware-ului instalațiilor din proiectul Curtici - Km 614.

Documentația economică publicată conține tabele necompletate și nu indică niciun fel de sume/costuri prevăzute sau alocate, fiind exclusiv o schiță. Tabelele nici nu prevăd (chiar și fără sume/costuri alocate) lucrările aferente acestor modificări/reconfigurări.

... nu a arătat cum a stabilit valoarea estimată a procedurii și dacă a luat sau nu în calcul costurile pe care alți ofertanți decât operatorul care a instalat sistemele în proiectul vecin Curtici - Km 614 ar trebui să le includă în contextul în care se cere intervenția asupra reconfigurării acestor instalații și sisteme din proiectului vecin Curtici - Km 614.

Cu toate acestea, CNSC a respins criticile reținând, în principal, că nu se poate pronunța pe chestiuni legate de oportunitate (apreciind că eventuala elaborare a obiectului contractului într-un mod care poate conduce la favorizarea unui operator economic este doar o chestiune de oportunitate) și că toate costurile ar fi incluse (deși nu poate fi identificat cum/unde sunt incluse).

Decizia CNSC a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel București, fiind constituit dosarul de soluționare nr. 6941/2/2020, fiind solicitat instanței, printre altele, să oblige CFR să clarifice în mod concret că rescrierea software-ului din stația Glogovăț revine în sarcina CFR (doar în felul acesta fiind valabilă afirmația CFR referitoare la eliminarea oricărui element anticoncurențial).

CFR a publicat clarificări care, în loc să reflecte ce a indicat în punctul de vedere transmis CNSC cu privire la prima contestație, contrazic o asemenea concluzie, indicând că nu există nicio obligație din partea CFR de a asigura rescrierea softului din stația Glogovăț sau de a asigura concursul operatorului concurent, întărind astfel avantajul creat din start acestuia din urmă.

Mai mult, CFR a acționat în vederea completării documentației inițiale cu și mai multe lucrări de modificare a unor instalații/sisteme implementate anterior de operatorul concurent.

Plângerea Siemens nuprivește Clarificările CFR și obligațiile impuse în sarcina ofertanților, având în vedere că acestea nu existau nici la data formulării contestației și nici a plângerii.

Contestatoarea prezintă conținutul clarificărilor entității contractante contestate.

Întrebare operator	Clarificare CFR
Solicitarea de clarificări 33-34	
Solicitare 7: Conform cerințelor Caietului de Sarcini: „Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad Lot 2 Ronăț, Triaj Gr. D - Arad”, inclusiv Aradu Nou - Glogovăț, este necesară modificarea configurației actuale a stației Glogovăț, prin introducerea unor schimbători noi în capatul Y al stației Glogovăț, pentru asigurarea	Informațiile necesare elaborării ofertei se regăsesc în Studiul de fezabilitate inclusiv în documentația economică. Sumele necesare la care face referire operatorul economic sunt incluse în valoarea estimată pentru investiția de bază. În cazul unui contract de natura acestuia (proiectare și execuție) pentru întocmirea ofertei nu este

<p>noului racord către stația Aradul Nou. Modificările aduse stației Glogovăț sunt menționate în Memoriu SF la pagina 659: - „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;</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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 (vezi schiță); - 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 1, 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". <p>Acest fapt implică modificarea, inclusiv proiectarea modificării următoarelor subsisteme implementate de către un terț furnizor, subsisteme care în prezent se află în perioada de notificare a defectiunilor după cum urmează:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Instalația de centralizare electronică (CE) din stația Glogovăț, atât din punct de vedere hardware cât și software, • Sistemul ETCS Nivel 2 - aplicația RBC (Radio Block Center) • Sistemul de management al traficului (CMT). <p>Menționăm că instalațiile și sistemele mai sus menționate au fost implementate de către un operator economic în cadrul unei alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică separat pentru „Proiectul de reabilitare linie c.f. Frontieră - Curtiei-Simeria parte componentă a Coridorului IV Pan European pentru circulația trenurilor cu viteză maximă de 160Km/h, Tronsonul 1: Frontieră-Curtici -Arad -Km 614" („Proiectul Curtici-Arad"), acesta fiind, în cazul prezentei proceduri, un furnizor terț.</p> <p>Mai mult, aceste subsisteme în prezent sunt în exploatare comercială și în perioada de notificare a defectiunilor.</p> <p>Modificările hardware și software ale tuturor instalațiilor și subsistemelor menționate mai sus, inclusiv Proiectarea acestor modificări,</p>	<p>necesara lista de cantitati pe care ofertantul sa o completeze cu preturi unitare. <u>Lista de cantitati elaborata la faza de SF are doar rol orientativ si a fost utilizata pentru determinarea valorii estimate.</u> In conformitate cu H.G. nr. 1/2018, Clauza 20 Corectitudinea prețului, propunerea financiara are la baza lista de preturi completata cu preturi forfetare pentru fiecare categorie de activitati/ lucrare. Oferta financiară se stabileste pe baza propriilor calcule, operațiuni și estimări ale ofertantului, luând ca reper cerințele minime din caietul de sarcini si întreaga documentație tehnică și economică inclusă în documentația de achiziție. <u>Fără plata vreunui cost suplimentar, viitorul Contractant/ Antreprenor va fi obligat sa respecte orice obligație , să proiecteze și sa execute orice lucrare prevăzută în contract, chiar dacă pentru obligația sau lucrarea respectivă nu există o sumă sau o valoare evidențiată distinct în Graficul de eşalonare a plăților.</u> Ofertanții vor include in lista de preturi Anexa la formularul de oferta la pct.14. Alte cheltuieli prevăzute de HG 907/2016. Ofertanții pot detalia cheltuielile de la punctul 14, astfel încât, în oferta să includă toate categoriile de cheltuieli prevăzute in Devizul general la cap. 1.3, 1.4, 2, 4, 5.1. Oferta nu va include cheltuielile de diverse și neprevăzute</p>
---	---

<p>se pot executa numai de către furnizorul terț care a implementat aceste instalații, aceasta deținând atât cunoștințele necesare (ca urmare a unui proces de dezvoltare îndelungat) în ceea ce privește soluțiile implementate în cadrul aceluși proiect, cât și drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, hardware-ului și documentației aferente acestor instalații.</p> <p>Mai mult, documentația de atribuire publicată împreună cu Anunțul de Participare (și ne referim aici inclusiv la studiul de fezabilitate), nu face nicio referire la aceste modificări ale unor subsisteme implementate de către un furnizor terț și care nu pot fi efectuate decât de către acesta. Concret, nu au fost indicate (lista nefiind exhaustivă, singurul operator care poate descrie toate activitățile necesare fiind furnizorul soluției implementate pe Proiectul Curtici- Arad):</p> <ul style="list-style-type: none"> - costurile pentru modificarea (inclusiv proiectarea) software-ului și hardware-ului aferente instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț implementată în Proiectul Curtici- Arad - necesitatea modificării celorlalte subsisteme din cadrul sistemului ERTMS (ETCS Nivel 2 și GSM-R), respectiv a instalației de management al traficului CMT din cadrul centrului operațional de control OCC Arad, și implicit costurile aferente, - detaliile (proiectele) acestor subsisteme care ar trebuie să stea la baza proiectării acestor modificări necesare în cadrul acestei proceduri de atribuire, toate aceste aspecte fiind de natură să creeze un avantaj competitiv furnizorului terț care a implementat proiectul Tronsonul 1: Frontieră-Curtici -Arad -Km 614, cu atât mai mult cu cât toate aceste detalii reprezintă rezultatul unui proces îndelungat de inginerie și dezvoltare, fiind o soluție proprie acestui furnizor. <p>În concluzie, pentru a asigura respectarea principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, dintre care amintim în special tratamentul egal, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii, solicităm Beneficiarului să provizioneze, în conformitate cu prevederile Sub-Clauzei 49.3 [Sume Provizionate] din modelul de contract parte a documentației de atribuire, sumele necesare pentru toate modificările care trebuie aduse subsistemelor implementate în Proiectul Curtici-Arad (din care amintim centralizarea electronică (CE) a stației Glogovăț, a sistemului ETCS, precum și sistemului CMT.</p>	
---	--

Solicitare de clarificări 115-116	
<p>9. Referința / Document- Specificații tehnice - Anexa 1. Cerințe principale pentru instalațiile SCB</p> <p>Vă rugăm să confirmați faptul că toate modificările (Hardware, Software, certificare, testare și demonstrare funcționalitate, etc) pentru adaptările instalațiilor CE, RBC și CMT din stațiile Arad și Glogovăț astfel încât să poată fi asigurate interfețele și funcționalitățile solicitate în cadrul acestui proiect sunt în sarcina antreprenorului Lot 4 Ronat Arad.</p>	<p>Confirmăm. Este în sarcina Antreprenorului lot 4 realizarea tuturor modificărilor necesare (Hardware, Software, certificare, testare și demonstrare funcționalitate, etc) pentru adaptările instalațiilor deja implementate în proiectul anterior (Curtici-km. 614), astfel încât să poată fi asigurate interfețele și funcționalitățile solicitate în cadrul acestui proiect</p>
<p>18. Referința / Document- Memoriu Tehnic SF Având în vedere că proiectul se învecinează la unul din capete cu proiectul Curtici km.614 care are în funcție instalații de centralizare electronică tip Alstom, vă rugăm să precizați: Referința / Document- Memoriu Tehnic SF Având în vedere că proiectul se învecinează la unul din capete cu proiectul Curtici km.614 care are în funcție instalații de centralizare electronică tip Alstom, vă rugăm să precizați:</p>	<p>Confirmăm. Este în sarcina Antreprenorului lot 4 realizarea tuturor modificărilor necesare (Hardware, Software, certificare, testare și demonstrare funcționalitate, etc) pentru adaptările instalațiilor deja implementate în proiectul anterior (Curtici-km. 614), astfel încât să poată fi asigurate interfețele și funcționalitățile solicitate în cadrul acestui proiect</p>
<p>19. Referința / Document- Memoriu Tehnic SF</p> <p>Referitor la transmiterea unor date între sistemul CMT din acest proiect și sistemul CMT din proiectul Curtici - km. 614, vă rugăm să clarificați următoarele:</p> <p>1. Protocolul de interfațare între CMT-ul cerut prin documentația de atribuire și CMT-ul implementat în proiectul Curtici - km. 614., menționând faptul că CMT realizat de către Alstom în proiectul Curtici km. 614 este de tip TCP/IP</p> <p>Toate costurile necesare realizării acestei interfețe, inclusiv modificările de SW/HW sau orice alte modificări în CMT -ul aferent proiectului Curtici km. 614 sunt în responsabilitatea Antreprenorului LOT 4</p>	<p>Confirmăm. Este în sarcina Antreprenorului lot 4 realizarea tuturor modificărilor necesare (Hardware, Software, certificare, testare și demonstrare funcționalitate, etc) pentru adaptările instalațiilor deja implementate în proiectul anterior (Curtici-km. 614), astfel încât să poată fi asigurate interfețele și funcționalitățile solicitate în cadrul acestui proiect</p>
<p>47. Referința / Document- Studiu de fezabilitate pentru modernizarea liniei feroviare Caransebes-Timisoara-Arad anexa 1 la SThed</p> <p>1. „Studiu de fezabilitate pentru modernizarea liniei feroviare Caransebes-Timisoara-Arad” în care la pagina 210 se precizează "în cadrul acestui proiect, arhitectura rețelei GSM - R va fi formată din</p>	<p>Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16, conform TSI CCS în vigoare.</p>

<p>următoarele componente: Base Station Sub System (BSS), compusă la rândul său din BSC și BTS;</p> <p>2. "anexa 1 la SThed" care la cerința GSM-R 5 precizează "Sistemul GSM-R cuprinde două MSC"</p> <p>Vă rugăm confirmați că cele două MSC există deja și că se dorește doar conectarea sistemului BSS livrat în acest proiect și integrarea acestuia cu cele două MSC existente.</p>	
<p>48. Referința / Document- anexa 1 la SThed Referitor la documentul "anexa 1 la SThed" în care la cerința GSM-R 71 se solicită „Rețeaua radio GSM-R va oferi suportul pentru comunicațiile mobile și pentru sistemul ERTMS/ETCS Level 2. Aceasta rețea va fi bazată pe specificațiile ETSI GSM și va fi conforma cu Specificațiile Funcționale SRSI 6.00 și de Sistem FRS 8.00 EI RENE și ERTMS/ETCS. (LC)</p> <p>Vă rugăm confirmați că sistemul NSS (cele două MSC existente) suportă aceste specificații și că nu este necesară înlocuirea acestuia.</p>	<p>Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16, conform TSI CCS în vigoare.</p>
<p>Solicitarea de clarificări 110111 Întrebarea 6</p>	
<p>Conform prevederilor din Memoriu tehnic SF "STUDIU DE FEZABILITATE PENTRU MODERNIZAREA LINIEI FERROVIARE CARANSEBES — TIMIȘOARA ARAD capitolul 5.3.5.2. LUCRĂRI SPECIALE LA INSTALABILE SCB PROIECTATE se menționează: "În afara lucrărilor specifice de reabilitare și modernizare a tronsonului, se subliniază faptul că în anumite puncte de secționare s-a prevăzut pregătirea unor proiecte dezvoltate de către terți, aflate în diferite faze de implementare.</p> <p>Pregătirea respectivă constă din includerea în soft-urile instalațiilor CE unor puncte de racord la infrastructura feroviara publică precum și dimensionarea corespunzătoare a cablurilor exterioare, astfel încât să fie facilitate proiectarea și execuția lucrărilor respective prin evitarea unor costuri ce în mod cert ar descuraja realizarea acestor investiții și implicit ar dezavantaja administratorul infrastructurii feroviare publice, beneficiarii proiectelor respective și chiar mediul economic și social, fapt care se poate deduce și din prezentarea scopurilor pentru care trebuie cuprinse aceste lucrări speciale."</p> <p>Vă rugăm să confirmați faptul că ofertantul va lua în calcul includerea în software a</p>	<p>- Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea unei singure versiuni de software pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CM f, care să nu necesite modificări ulterioare, cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă.</p> <p>- Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, atât pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren, cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă.</p> <p>Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului aprovizionarea echipamentelor exterioare și a materialelor necesare (în vederea asigurării compatibilității cu instalațiile ce vor fi puse în operare comercială țara lucrărilor de perspectivă) și predarea acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă</p>

lucrărilor de perspective, va alocă spațiul necesar în instalația de centralizare electronică pentru echipamente de interfață (comanda și controlul echipamentelor de exterior de perspectivă) respectiv va dimensiona corespunzător cablurile exterioare. Nu se iau în calcul echipamentele exterioare aferente lucrărilor de perspective, respectiv interfețele cu echipamentele exterioare aferente lucrărilor de perspectivă.	
---	--

Prin documentația publicată inițial nu se regăseau niciun fel de astfel de cerințe contractuale (fiind prevăzute doar lucrările de modificare a instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț).

Astfel, prin Clarificările CFR de mai sus reies obligații noi referitoare la:

- realizarea tuturor modificărilor necesare (hardware, software, certificare, testare, demonstrare funcționalitate etc.) pentru adaptarea instalațiilor deja implementate în proiectul anterior Curtici - Km 614 și care sunt incluse în prezentul proiect (CE, RBC, ERTMS, GMS etc.);
- efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător;
- efectuarea upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16;
- se cere achiziționarea de echipamente suplimentare noi care vor fi implementate în proiecte de perspectivă neexistând date despre acestea în documentația de atribuire astfel încât să se poată face proiectarea și evaluarea cantităților de echipamente, de materiale și de lucrări. Mai mult decât atât, acestea nu se regăsesc în evaluarea bugetului proiectului.

Aceste Clarificări CFR reprezintă o modificare a caietului de sarcini prin adăugarea unor noi cerințe legate de modificările instalațiilor deja implementate din alt proiect. Nu există nicio referință la acest proiect în documentația publicată inițial și nici că toate aceste lucrări cerute a fi în sarcina ofertantului câștigător.

Pe lângă faptul că nu au fost incluse în documentația publicată inițial (contrar normelor legale care impun autorităților publicarea unor documentații complete care să conțină toate cerințele în mod explicit), toate aceste activități presupun, în primul rând, solicitarea intervenției operatorului concurent în condițiile în care toate sistemele instalate în proiectul Curtici - Km 614 (și a căror modificare se solicită acum) aparțin acestuia și doar acesta deține drepturile și instrumentele prin care se poate interveni în vederea reconfigurării, upgradării și interconectării.

În concret, prin aceste Clarificări CFR se pune în sarcina ofertantului câștigător nu numai asigurarea interfațării sistemului electronic realizat în cadrul prezentului proiect cu sistemele existente pe liniile adiacente, ci și reconfigurarea / upgradarea și asigurarea

interconectării efective a sistemelor realizate anterior de operatorul concurent cu sistemul care urmează a fi realizat în prezenta procedură.

Prin răspunsurile la solicitările de clarificare 115 - 116, întrebările nr. 47 și nr. 48, CFR menționează faptul că *„Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS15 la FRS 8 și SRS16, conform TSI CCS în vigoare”*. Această pretenție cu privire la îmbunătățirea la o versiune superioară a centralelor MSC existente presupune de fapt modificarea software-ului acestor centrale - aspect care nici măcar nu face parte din Studiului de Fezabilitate.

Această modificare de software reprezintă o cerință în totalitate nouă care nu poate fi realizată decât de către firma care a produs și implementat cele două centrale MSC (Nokia).

Nici Siemens și nici vreun alt operator economic nu poate interveni asupra instalațiilor/sistemelor ALSTOM, respectiv Nokia. Doar ALSTOM, respectiv Nokia, sunt în măsură să efectueze aceste lucrări deoarece acestea au configurațiile specifice ALSTOM, respectiv Nokia, doar acestea cunosc sistemul instalat și modul de intervenire/modificare a acestuia.

Mai mult, doar acestea dețin drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului și doar acestea pot interveni asupra hardware-ului instalat, aflat în perioada de garanție (ceea ce nu permite intervenții ale unor terți asupra lui).

Astfel, situația concretă denotă un efect de captivitate apărut la nivelul procedurii care prin modul în care este soluționat de CFR se materializează printr-un puternic efect anticoncurențial constând în:

- forțarea operatorilor de a contracta serviciile operatorului concurent (aceștia fiind, practic, „la mâna” acestuia, care are libertatea chiar să refuze cooperarea, ceea ce echivalează cu blocarea accesului în licitație).

- avantajarea evidentă a operatorului concurent în condițiile în care nimic nu îl ține să ofere prețuri mult mai mari pentru suport acordat competitorilor, decât prețul pe care îl va include în oferta sa în prezenta licitație.

Contestatoarea invocă faptul că abordarea aleasă de CFR este complet improprie, presupunând pentru orice operator să negocieze pe riscul și cheltuiala sa și să ajungă la un acord cu concurenții Alstom/Nokia pentru a-și putea asigura drepturile, asistența și accesul efectiv la sistemul realizat de acesta.

Entitatea contractantă avea posibilitatea să gestioneze cu totul altfel cerințele prin clarificările publicate, astfel încât să nu existe niciun avantaj pentru furnizorul instalațiilor/sistemelor deja existente.

Fracționarea lor era necesară tocmai pentru a limita efectul anticoncurențial generat de situația practică.

De principiu, modificarea sistemelor realizate anterior de operatorul concurent trebuia privită distinct și urmărită limitarea avantajării operatorul concurent la un nivel cât mai redus, fără a fi contaminată o întreagă procedură de atribuire.

Interfațarea presupune „împăcarea” unor soluții tehnice diferite, ceea ce presupune concursul proiectanților ambelor soluții, atât din considerente practice, cât și legale (drepturi de autor). Aceasta este soluția firească și naturală din toate punctele de vedere, inclusiv ale legii achizițiilor publice și legii concurenței.

Soluția corectă a fost propusă chiar de CFR - asigurarea de către CFR a rescrierii softului instalației CE din Stația Glogovăț - însă a fost contrazisă prin clarificările publicate acum de CFR.

Efectul de captivitate (lock-in effect) determină *per se* restrângerea concurenței.

Efectul de captivitate (lock-in effect) în cadrul unor achiziții publice, respectiv dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor (cum este și cazul instalațiilor/sistemelor a căror modificare/adaptare este solicitată prin clarificările contestate) a făcut obiectul analizei Consiliului Concurenței care a reținut că:

"Efectele fenomenului de lock-in asupra mediului concurențial sunt următoarele:

- restrângerea concurenței la nivelul furnizorilor sau chiar eliminarea concurenței, pe piețele secundare, fapt de natură a conduce la creșterea prețurilor;

- probleme de continuitate a activității, în contextul în care se creează un raport de dependență față de un anumit furnizor. Astfel, blocajele conduc la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței, atunci când sistemul furnizat nu poate face față procesului rapid de dezvoltare a tehnologiei informației sau apariției de echipamente medicale de nouă generație".

În alte proceduri autoritățile (inclusiv CFR) au știut să gestioneze riscul prezentat de efectul de captivitate, fără a crea avantaje nejustificate furnizorilor din proiecte anterioare

Din punct de vedere tehnic, interfațarea unei instalații electronice noi cu o instalație electronică existentă, păstrând funcționalitatea acesteia, presupune o dublă condiționalitate în sensul că ambele instalații să fie conectabile între ele, ceea ce implică modificări concrete la nivel software de ambele părți ale punctului de conexiune.

Interoperabilitatea poate fi asigurată dacă:

- (i) pe de o parte, ofertantul câștigător asigură interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent,

- dar în același timp

(ii) entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului anterior și interfațarea sistemului anterior implementat cu sistemul nou din noul proiect.

Doar în acest fel ofertanților nu le este impusă obligația de a obține ofertă de la operatorul care a implementat proiectul anterior (ofertă care, cu siguranță, nu este la nivelul costurilor pe care operatorul le-ar suporta dacă ar efectua direct lucrările) - acesta reprezentând efectul anticoncurențial care trebuie înlăturat din Procedură.

Există deja precedente în sensul că în împrejurări similare modificările de sistem (software/hardware) au putut fi efectuate doar în baza unei înțelegeri comerciale între autoritățile contractante și cei care au realizat inițial instalațiile și sistemele în discuție. De altfel, aceasta a fost și practica CFR și METROREX în procedurile organizate până acum, după cum vom arăta în cele ce urmează.

Astfel, în cadrul altor proceduri de atribuire similare prezentei, CFR a solicitat strict realizarea interfațării instalațiilor aflate la granița proiectului, respectiv CE-CE, CE- RBC, RBC-RBC și CE-CMT, fiind conștientă de faptul că modificările de hardware și software ale unei instalații electronice existente pot fi executate numai de către operatorul economic care le-a implementat.

Contractul atribuit de CFR pentru Lotul 3 Gurasada- Simeria

Proiectul se află în curs de implementare de către firma Siemens Mobility, entitatea contractantă solicitând numai efectuarea lucrărilor necesare asigurării interfațării instalațiilor cu instalațiile aferente loturilor adiacente proiectului, nu și upgradarea/rescrierea softului/asigurarea interconectării instalațiilor aferente loturilor adiacente.

Proiectul referitor la modificarea instalației de centralizare electronică CE din stația Ploiești Vest

Ca urmare a construirii unui pasaj supraterran peste calea ferată și a sistematizării căilor de acces rutiere (lucrări executate de către Primăria Ploiești în colaborare cu CFR), a devenit necesară modificarea instalației de centralizare electronică CE din stația Ploiești Vest.

Având în vedere faptul că în stația Ploiești Vest a fost implementată instalația de centralizare electronică CE de către firma Siemens în cursul anului 2008, CFR a solicitat direct firmei Siemens în calitate de constructor și deținător al drepturilor de proprietate asupra instalației implementate o ofertă cu privire la modificarea software-ului și hardware-ului instalației CE pentru eliminarea instalației de semnalizare automată tip BAT de la trecerea la nivel cu calea ferată, desființată ca urmare construirii pasajului.

În mod clar și în acest caz CFR a fost conștientă de faptul că modificările de hardware și software ale unei instalații electronice pot fi executate numai de către constructorul acestora, în conformitate cu legislația în vigoare.

Totodată contestatoarea învederează faptul că CFR nu a avut în vedere costurile pe care le presupune asigurarea upgradării și interfațării sistemelor anterioare cu cele noi - aspect confirmat prin clarificări.

O condiție absolut necesară (nu însă și suficientă) pentru a asigura egalitate de șanse operatorilor interesați de proiect în raport cu operatorul concurent era ca prețul pentru asigurarea serviciilor de interfațare cu sistemele anterioare să fie luat în considerare în cadrul valorii estimate.

Din clarificarea nr. 33-34, răspunsul la solicitarea 7, rezultă însă, că CFR nu a avut în vedere aceste cheltuieli la stabilirea valorii estimate.

Astfel, la solicitarea unui operator cu privire la asigurarea fondurilor necesare pentru realizarea acestor modificări la sistemele existente, în vederea interfațării, CFR răspunde că „Ofertanții vor include în lista de prețuri Anexa la formularul de ofertă la pct.14 Alte cheltuieli prevăzute de HG 907/2016. Ofertanții pot detalia cheltuielile de la punctul 14 astfel încât, în Ofertă să includă toate categoriile de cheltuieli prevăzute în Devizul general la cap. 1.3,1.4, 2, 4, 5.1. Oferta nu va include cheltuielile de diverse și neprevăzute”.

CFR se referă la „LISTA PRINCIPALELOR CATEGORII DE LUCRĂRI” pe care le-a enumerat în Anexa 1 la Formularul de Ofertă, ofertanții având obligația de a specifica în dreptul fiecărei categorii de lucrări valoarea în lei (fără TVA).

În varianta inițială a LISTEI PRINCIPALELOR CATEGORII DE LUCRĂRI, publicată în SEAP alături de celelalte formulare, pct. 14 Alte cheltuieli prevăzute de HG 007/2016 nu există. Acest punct a fost adăugat acum de CFR, prin republicarea listei de formulare, ca reacție la întrebarea operatorului, suplinind aparent omisiunea inițială, fără însă a suplini și valoarea estimată.

Există o singură ipoteză în care lucrările de interfațare nu necesită o rubrică separată în Lista Principalelor Categori de Lucrări: aceea în care ALSTOM câștigă contractul. Este ca și când documentația de atribuire a fost concepută cu unicul scop, de a i se atribui contractul acestuia.

De altfel, chiar ANAP a sesizat această abatere prin avizul conform condiționat pe care l-a emis cu privire la răspunsul consolidat de clarificare, în special cu privire la clarificarea 33-34, solicitarea 7, apreciind că răspunsul CFR „Informațiile necesare elaborării ofertei se regăsesc în Studiul de fezabilitate inclusiv în documentația economică” este general și nu oferă nicio informație despre sumele la care face referire operatorul economic dacă sunt incluse în valoarea estimată pentru investiția de bază sau în sume provizionate.

Contestatoarea apreciază că documentația de atribuire a fost concepută pentru a favoriza un anumit operator economic, acest fapt reprezentând o gravă încălcare a legii.

Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca, 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.

Felul în care CFR a forțat prin Clarificări operatorii economici să ceară ofertă de la operatorul concurent dacă vor să participe la procedură poate fi privit ca o situație de nedistorsionare a concurenței numai în măsura în care la licitație nu ar participa acesta și ar fi obligat să pună la dispoziție aceeași ofertă tuturor ofertanților pentru serviciile de modificare a instalațiilor/sistemelor implementate în proiectul Curtici - Km 614 - ipoteză evident neplauzibilă.

CFR trebuie să se asigure că documentația de atribuire garantează egalitatea de tratament în mod general și abstract, iar nu condiționat de participarea sau nu la licitație a unui operator. Altfel, acesta va fi favorizat sau dezavantaj în cazul în care nu i se permite participarea.

Lucrările indicate prin Clarificări se pot efectua doar cu intervenția operatorului competitor. Cum acestuia nu i se poate interzice să participe la licitație, este de datoria CFR de a lua măsurile necesare în vederea înlăturării efectului anticoncurențial - în cazul de față precizarea la nivelul documentației de atribuire că ofertanților li se va cere doar asigurarea interfațării sistemelor din noul proiect cu cele din proiectul vecin.

În condițiile în care CNSC apreciază că această măsură de remediere nu este posibilă și că riscurile și costurile contractării serviciilor ALSTOM cad în sarcina ofertanților, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire în ceea ce privește lotul 2 sau obligarea entității contractante la anularea procedurii de atribuire în condițiile în care modul de organizare al acesteia distorsionează concurența și încalcă principiul egalității de șanse între ofertanți.

Entitatea contractantă a transmis în copie, dosarul achiziției publice anexat punctului de vedere nr. 1.D/2/7/04.01.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 147/04.01.2021, cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL, precum și punctului de vedere nr. 1.D/2/6/04.01.2021 înregistrat la Consiliu sub nr. 148/04.01.2021, cu privire la contestația formulată de către SC

Prin punctul de vedere nr. 1.D/2/7/04.01.2021, entitatea contractantă solicită respingerea contestației SC ... SRL ca nefondată pentru următoarele considerente:

1. Prin răspunsul la clarificări, nu s-au suplimentat cerințele din SF, ci au fost aduse precizări pentru a veni în sprijinul ofertanților, pentru elaborarea ofertei tehnice și financiare.

2. Față de critica contestatorului privind upgradarea MSC-urile existente, entitatea contractantă face precizarea că aceasta a fost solicitată pentru asigurarea funcționalității sistemului GSM-R implementat în cadrul acestei lucrări. Nu se înțelege despre ce "obligații noi" este vorba având în vedere că această cerință este impusă în documentul GSM-R Cerințe Beneficiar la "GSM-R 252 Ofertantul este responsabil cu integrarea tuturor echipamentelor în rețeaua existentă. Deoarece se presupune că Ofertantul îndeplinește complet cerința GSM-R 3 IOT orice problemă apărută în integrare este responsabilitatea exclusivă a ofertantului. (LC)".

Această cerință a fost atacată la CNSC în proiectul "Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov Simeria, componentă a coridorului Rin Dunăre, pentru circulația cu viteza maximă de 160 km/h, Secțiunea Brașov-Sighișoara, subsecțiunile 1. Brașov - Apața și 3. Cața - Sighișoara" fiind emisă Decizia nr. 437 din 28.02.2017, ce a rămas definitivă.

Referitor la upgradarea software-ului MSC-urilor existente, aceasta este necesară conform cerinței „GSM-R 122. În vederea satisfacerii obiectivului UIC privind interoperabilitatea rețelelor feroviare europene, rețeaua GSM-R solicitată trebuie să fie conformă cu cele mai recente versiuni aprobate ale standardelor EIRENE și MORANE:

EIRENE FRS V8.0

EIRENE SRS V16.0" pentru realizarea compatibilității echipamentelor GSM-R cu prevederile TSI CCS în vigoare, în vederea asigurării certificării și punerii în funcțiune a instalațiilor nou introduse. Având în vedere că Antreprenorul este responsabil în exclusivitate cu integrarea rețelei pe care o realizează în rețeaua existentă este evident că este responsabilitatea lui ca rețeaua să fie conformă cu ultimele standarde în vigoare, standarde stabilite de UE în baza cărora EC decontează 85 % din prețul acestui proiect.

Având în vedere că această speță a fost clarificată definitiv prin Decizia 437 din 28.02.2017, entitatea contractantă consideră că devin incidente prevederile art. 430 - 431 din Noul Cod de procedură civilă privind autoritatea de lucru judecat.

Față de critica contestatorului, respectiv "-se cere achiziționarea de echipamente suplimentare noi care vor fi implementate în proiecte de perspectivă neexistând date despre acestea în documentația de atribuire astfel încât să se poată face proiectarea și evaluarea cantităților de echipamente, de materiale și de lucrări. Mai mult decât atât, acestea nu se regăsesc în evaluarea bugetului proiectului", entitatea contractantă menționează că lucrările de semnalizare și centralizare ale stațiilor CF/haltelor de mișcare posturilor de mișcare cuprinse în proiect, cu toate etapele/ proiectele aflate în diferite faze de dezvoltare sunt cuprinse în mod explicit în SF, în memoriul tehnic, în planurile de situație, în schițele de semnalizare și în planurile bifilare de izolare.

Aceste echipamente sunt necesare în vederea asigurării compatibilității tehnice și funcționale între instalațiile din cadrul acestui proiect cu instalațiile ce urmează a fi introduse cu ocazia lucrărilor de perspectivă, deoarece în cazul în care proiectul de perspectivă va fi realizat de un alt furnizor decât cel care va furniza instalația pentru proiectul Timișoara Arad, nu se va putea realiza centralizarea în instalația existentă a elementelor aferente lucrărilor de perspectivă.

Entitatea contractantă menționează că prin răspunsul la clarificări, nu s-au suplimentat cerințele din SF ci au fost aduse precizări pentru a veni în sprijinul ofertanților, pentru elaborarea ofertei tehnice și financiare.

Prevederea în mod exclusiv a interfațării cu subsistemele implementate în proiectele adiacente, fără modificarea/ suplimentarea reconfigurarea/ unor sisteme deja implementate sau care vor fi implementate de terți, poate conduce la neasigurarea integrală a funcționalităților solicitate în cerințe (de ex: handover între RBC implementat în proiectul deja existent și cel din proiectul lotului 4).

Față de criticile: „Prin răspunsurile la solicitările de clarificare 115 - 116, întrebările nr. 47 și nr. 48, CFR menționează faptul că „Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16, conform TSI CCS în vigoare”. Această pretenție cu privire la îmbunătățirea la o versiune superioară a centralelor MSC existente presupune de fapt modificarea software-ului acestor centrale - aspect care nici măcar nu face parte din Studiului de Fezabilitate.

Această modificare de software reprezintă o cerință în totalitate nouă care nu poate fi realizată decât de către firma care a produs și implementat cele două centrale MSC (Nokia)."

Această cerință a fost impusă de CFR după modificarea standardului de către ERA la licitația "Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov Simeria, componentă a coridorului Rin Dunăre, pentru circulația cu viteză maximă de 160 km/h, Secțiunea Brașov-Sighișoara, subsecțiunea 2. Apața Cața" la care firma Siemens a fost ofertant și nu a fost contestată de nici o firmă. Din acest motiv ea nu este o „cerință suplimentară” sau „în totalitate nouă ”pentru un ofertant care a participat la licitația "Secțiunea Brașov-Sighișoara, subsecțiunea 2. Apața Cața" și a pregătit o ofertă care să fie conformă cu Cerințele Beneficiar.

„Nici Siemens și nici vreun alt operator economic nu poate interveni asupra instalațiilor sistemelor ALSTOM, respectiv Nokia. Doar ALSTOM, respectiv Nokia, sunt în măsură să efectueze aceste lucrări deoarece acestea au configurațiile specifice ALSTOM, respectiv Nokia, doar acestea cunosc sistemul instalat și modul de intervenire/modificare a acestuia.

Mai mult, doar acestea dețin drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului și doar acestea pot interveni asupra hardware-ului

instalat, aflat în perioada de garanție (ceea ce nu permite intervenții ale unor terți asupra lui).

Astfel, situația concretă denotă un efect de captivitate apărut la nivelul procedurii care prin modul în care este soluționat de CFR se materializează printr-un puternic efect anticoncurențial constând în

- forțarea operatorilor de a contracta serviciile operatorului concurent (aceștia fiind, practic, „la mână” acestuia, care are libertatea chiar să refuze cooperarea, ceea ce echivalează cu blocarea accesului în licitație).

- avantajarea evidentă a operatorului concurent în condițiile în care nimic nu îl ține să ofere prețuri mult mai mari pentru suport acordat competitorilor, decât prețul pe care îl va include în oferta sa în prezenta licitație", upgradarea software-ului MSC-urilor existente a fost tratată pe larg anterior.

Având în vedere că această speță a fost clarificată definitiv prin Decizia 437/28.02.2017, entitatea contractantă consideră că devin incidente prevederile art. 430 - 431 din Noul Cod de procedură civilă privind autoritatea de lucru judecat.

Pentru a sublinia reaua credință a contestatoarei, entitatea contractantă învederează că Centralele MSC au fost instalate în proiectul Pilot de către consorțiul Thales-Siemens-Nokia (Atunci NSN). La recepția finală Consorțiul a pus la dispoziția CFR documentația tehnică care conține toate planurile și chiar și setările pentru centralele MSC în cele mai mici amănunte. Deci Siemens dispune de documentația amănunțită a rețelei Centrale din Pilot.

De asemenea Siemens face speculații fără niciun suport la adresa firmei Nokia, aceasta fiind acuzată în mod contradictoriu de blocarea accesului la licitație sau dimpotrivă de oferte mult prea mari. Firma Siemens nu oferă nici o dovadă în acest sens și nici cum ar fi protejată CFR de aceste practici. Până la urmă exact firma Siemens este cea care a fost în consorțiu cu Nokia la pilot și la alte licitații deci ea este singura care cunoaște cu exactitate valoarea ofertelor și are posibilitatea să probeze în fața autorității abilitate dacă firma Nokia practică prețuri neconcurențiale.

Referitor la criticile din cadrul contestației cu privire la interfațarea sistemului, entitatea contractantă consideră că acestea sunt nefondate întrucât prevederea în mod exclusiv a interfațării cu subsistemele implementate în proiectele adiacente, fără modificarea/ suplimentarea / reconfigurarea unor sisteme deja implementate sau care vor fi implementate de terți, poate conduce la neasigurarea integrală a funcționalităților solicitate în cerințe (de ex: handover între RBC implementat în proiectul deja existent și cel din proiectul lotului 4).

Contestatorul citează tendențios punctul de vedere transmis de CFR "instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel ca se va evita avantajarea operatorului economic

ce a implementat-o", din care rezultă clar că nu CFR s-a angajat să asigure rescrierea software-ului la instalația CE din Glogovăț, aceasta fiind în sarcina Antreprenorului.

Referitor la critica conform căreia „Interoperabilitatea poate fi asigurată dacă:

(i) pe de o parte, ofertantul câștigător asigură interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent,

dar în același timp

(ii) entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului anterior și interfațarea sistemului anterior implementat cu sistemul nou din noul proiect”, entitatea contractantă reiterează faptul că acestea sunt nefondate, întrucât prevederea în mod exclusiv a interfațării cu subsistemele implementate în proiectele adiacente, fără modificarea/suplimentarea / reconfigurarea unor sisteme deja implementate sau care vor fi implementate de terți, poate conduce la neasigurarea integrală a funcționalităților solicitate în cerințe (de ex: handover între RBC implementat în proiectul deja existent și cel din proiectul lotului 4).

CFR a solicitat, în cazul în care sistemul de interfațare propus atrage costuri suplimentare pentru adaptarea la sistemele vecine, acestea vor trebui incluse în ofertă.

Având în vedere cele prezentate anterior, entitatea contractantă solicită respingerea cererilor contestatorului ... SRL și menținerea prevederilor documentației de atribuire așa cum a fost publicată în SEAP.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 1295/11.01.2021, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire antementionată, formulează cerere de intervenție accesorie în sprijinul și favoarea SC ... SRL, prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie,
- admiterea contestației formulată de către SC ... SRL respectiv:

1. Anularea ca nelegale a răspunsurilor de clarificare publicate de CFR ca răspuns la solicitările nr. 33-34, pct. 7 (pag 18-20), nr. 110-111 întrebarea 6 (pag. 213) și nr. 115-116, pct. 9, 18, 19, 47 și 48 (pag. 222-237), acestea determinând un avantaj nedrept și anticoncurențial în favoarea operatorului care a implementat sistemele relevante în sectoarele de cale ferată adiacente;

2. Luarea măsurilor de remediere necesare eliminării elementelor anticoncurențiale.

- acordarea cheltuielilor de judecată.

Intervenienta menționează că întrucât documentația de atribuire era incompletă/cuprindea informații trunchiate eronate/necorelate, mai mulți operatori economici au formulat solicitări de clarificări pentru a se obține informațiile corecte și complete în vederea întocmirii ofertelor.

La data de 18.12.2020, entitatea contractantă a răspuns acestor solicitări de clarificări printr-un răspuns consolidat (nr.1.D/2/1204 / 18.12.2020).

O parte din răspunsurile care au fost publicate în SEAP determină completarea obiectului contractului ce urmează a fi atribuit cu activități care nu au fost incluse la momentul publicării anunțului de participare și care nu pot fi realizate decât de către/cu acordul operatorilor economici concurenți care au realizat sistemul/instalațiile existente.

Pe de altă parte această modificare a fost realizată fără a se aduce o modificare și față de costurile necesare derulării contractului, fapte ce duc la îngrădirea concurenței, la încălcarea principiului tratamentului egal prin favorizarea unor operatori economici și la impunerea unor cerințe restrictive.

Intervenienta invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 precum și prevederile art. 61 din Cod.proc.civ. precizând în acest sens că, în calitate de ofertant interesat de participarea la această procedură, dovedită inclusiv prin faptul că a participat la toate procedurile derulate de CFR care au avut ca obiect atribuirea unor astfel de contracte precum cel în cauză, justifică un interes deplin pentru ca actele emise de către entitatea contractantă cu încălcarea legii, să fie anulate iar procedura de atribuire să se desfășoare cu respectarea, în primul rând, a principiilor concurențiale și de tratament egal, dar și celelalte principii prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

În condițiile în care interesul societății interveniente în cadrul procedurii de atribuire este acela de a participa la această procedură și de a i se asigura obiectivitatea și profesionalismul entității contractante prin aplicarea principiilor esențiale privind nerestricționarea concurenței și respectarea tratamentului egal și al transparenței, este evident că în cadrul dosarului dedus judecății intervenienta justifică un interes real în susținerea cererii de intervenție în favoarea Siemens, având aceleași solicitări pe care contestatoarea le-a formulat în petitul contestației.

De asemenea, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1). instituie cadrul legal prin care intervenienta poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce i s-ar produce prin respingerea contestației Siemens.

Astfel, dacă un operator economic este favorizat în ceea ce privește o activitate/cerință/lucrare din cadrul procedurii de atribuire, acest lucru afectează întreaga competiție (concurență), inclusiv pe acei operatori economici (Antreprenori în ceea ce privește lucrările pe infrastructura feroviară) care urmau să se asocieze cu operatorii direct afectați de restrictivitate sau care urmau să subcontracteze serviciile operatorilor economic direct afectați de această restrictivitate.

În acest domeniu limitat, în care activează foarte puțini operatori economici care pot realiza lucrările/activitățile informatice instalații în

cauză (...), operatorii economici care desfășoară celelalte tipuri de activități de infrastructură feroviară (mai puțin partea informatică/instalații) și care sunt nevoiți să se asocieze cu specialiștii în acest domeniu restrâns pentru a putea participa la procedură sunt afectați în mod direct atunci când se restricționează concurența față de aceste activități.

În atare situație, dacă numărul de posibili parteneri cu care intervenienta ar putea participa la procedură se reduce semnificativ pe motiv că aceștia sunt în imposibilitatea de a participa la procedură în aceste condiții și doar cei favorizați pot să-și întocmească oferta, devine evident că dacă s-ar respinge contestațiile ..., ar fi în situația în care, pentru a participa la procedură, ar trebui să coopteze ca și subcontractant pe principalul său competitor (...), lucru imposibil de realizat.

Așadar, restrângerea concurenței pentru operatorii economici care desfășoară activități necesare întocmirii ofertei și fără de care intervenienta nu poate participa la procedură afectează în mod direct participarea sa la procedura de atribuire, iar acest lucru justifică intervenția sa în susținerea contestației Siemens.

Intervenienta învederează că prin menținerea răspunsurilor la clarificare care fac obiectul contestației Siemens se ajunge la favorizarea unor anumiți operatori economici (Alstom/Nokia), ceea ce afectează participarea la procedură a oricărui alt operator economic, ajungându-se la o dependență față de acești operatori concurenți favorizați.

Astfel, prin răspunsurile la clarificări, entitatea contractantă:

- Suplimentar față de ce s-a publicat inițial în documentația de atribuire, obligă ofertanții la efectuarea mai multor lucrări/activități de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate de operatorii concurenți (Alstom/Nokia) în cadrul proiectului vecin Curtici km 614:

- o Realizarea tuturor modificărilor necesare (hardware, software, certificare, testare, demonstrare funcționalitate etc) pentru adaptarea instalațiilor deja implementate în proiectul anterior Curtici - km 614 și care sunt incluse în prezentul proiect (CE, RBC, ERTMS, GSM etc):

- o Efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător:

- o Efectuarea upgradării centralelor MSC existente de la FRS7 și SRS15 la FRS8 și SRS16, ce presupune o modificare a acestora, lucrări care nu sunt prevăzute nici măcar în Studiul de Fezabilitate, dovadă că nu au fost avute în vedere în calculul valorii estimate a contractului: În cazul acesta singurul care poate realiza această activitate este NOKIA, întrucât software-ul pentru aceste centrale a fost realizat doar de NOKIA (deci dreptul de proprietate intelectuală aparține exclusiv acestui operator economic).

o Se cere achiziționarea de echipamente suplimentare noi care vor fi implementate în proiecte de perspectivă neexistând date despre acestea în documentația de atribuire astfel încât să se poată face proiectarea și evaluarea cantităților de echipamente, de materiale și de lucrări. Nu se regăsesc în evaluarea bugetului.

Introduce, suplimentar o listă generică de tipul "alte costuri" referitoare la costurile importante determinate de reconfigurare/adaptare/ upgradare și interconectarea sistemelor livrate anterior și sugerează operatorilor economici să introducă și costurile legate de interconectare, fiind astfel confirmată teza că acestea nu au fost avute în vedere de la început și că valoarea estimată a procedurii nu reflectă astfel de costuri.

Nu elimină efectul anticoncurențial apărut la nivelul stației Glogovăț și pe care și l-a asumat prin punctul de vedere formulat în dosarul ... atunci când a precizat că "instalația C E de la Glovof va avea soft rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic care a implementat-o".

Creează, în mod artificial și nejustificat, o dependență față de operatorii concurenți a oricărui operator economic ce dorește să participe la procedură. Astfel, pentru a avea acces la informații privind instalațiile sistemele (atât la nivel software cât și la nivel hardware) orice operator economic trebuie să apeleze înainte de întocmirea ofertei la operatorii concurenți (Alstom și Nokia) și în funcție de disponibilitatea acordul de voință al acestora să plătească serviciile oferite în vederea obținerii respectivelor informații, fapt care, în mod evident, reprezintă o restricționare a participării la procedură și favorizarea acestor operatori concurenți.

Modifică obiectul contractului, prin includerea unor activități noi, dar fără a modifica și valoarea estimată a contractului, decizie total irațională și nelegală.

Îndiferent cum este privită situația de fapt expusă de către Siemens în cadrul contestației, dependența față de acordul de voință al ALSTOM/NOKIA a tuturor operatorilor economici care intenționează să participe la procedură este evidentă și rezultă în mod logic și justificat din faptul că cele două sisteme (cel vechi și cel nou) prezintă caracteristici diferite, ce trebuie corelate, acest lucru putându-se realiza doar prin colaborarea operatorilor economici care realizează cele două sisteme.

Operatorul care va realiza sistemul nou, la momentul acesta al procedurii, nu are acces la toate informațiile privind sistemul vechi, informații la care au acces doar ALSTOM și CFR, fiind imposibil de explicat cum se aplică tratamentul egal și principiul transparenței în această situație.

Chiar dacă entitatea contractantă a publicat o parte din informații referitoare la sistemul instalațiile ce trebuie reconfigurare/adaptare/

upgradare oricum Alstom/Nokia va deține mai multe informații decât orice alt operator economic, acesta cunoscând mai bine decât oricine cum/în cât timp/la ce costuri s-ar putea realiza reconfigurarea/adaptarea/upgradarea sistemului vechi, informații pe care ceilalți operatori economici nu le dețin și nici nu au cum să le dețină fără a avea acces neîngrădit la softul/hardware-ul sistemelor/instalațiilor.

Pe de altă parte, chiar și în situația în care s-ar permite, înainte de întocmirea ofertei, accesul la toate informațiile referitoare la softul hardware-ul sistemelor/instalațiilor anterioare acești competitori tot ar fi favorizați raportat la perioada de timp necesară analizei acelor informații și crearea unei oferte prin care să se prezinte modul de reconfigurare/adaptare/upgradare a acestor sisteme/instalații existente.

Intervenienta invocă faptul că există o mare diferență între interfațarea sistemului nou cu cel vechi și reconfigurarea/adaptarea/upgradarea sistemului vechi, această diferență determinând avantajarea operatorilor concurenți.

Reconfigurarea/adaptarea/upgradarea sistemelor realizate anterior de operatorul concurent presupune în primul rând accesul la sistem și apoi realizarea de modificări astfel încât acesta să corespundă cu proiectul nou.

Astfel, cel puțin la nivel conceptual, există mari diferențe între ceea ce presupune o interfațare și ceea ce presupune reconfigurarea/adaptarea/upgradarea, și cu cât se avansează în analiza tehnică situația devine din ce în ce mai complicată.

Este evident că niciun alt operator economic nu are aceleași informații despre sistemul anterior realizat așa cum are Alstom/Nokia.

Acesta este și motivul pentru care o reconfigurare/adaptare/upgradare este imposibil de realizat/ofertat fără o colaborare/negociere/un acord de voință al Alstom/Nokia, fără încălcarea principiului concurenței și fără avantajarea operatorului economic care are toate informațiile despre sistemul vechi.

Singura soluție, în cazul de față, pe care o are la dispoziție entitatea contractantă pentru a nu avantaja/dezavantaja vreun operator economic este de a remedia răspunsurile în sensul de a pune în aplicare ceea ce a indicat în fața CNSC în dosarul 2389/2020 atunci când a precizat că "instalația CE de la Glogovăț va avea soft rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic care a implementat-o".

Așa cum a reținut în mod just și ... în contestația sa "Interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta creează din start premisele distorsionării concurenței), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfereze produsele serviciile".

Ar fi absurd și poate chiar nelegal să se pretindă de la competitorii direcți care participă la aceeași procedură de atribuire ca anterior întocmirii ofertelor să negocieze și să se înțeleagă față de costurile, informațiile necesare întocmirii a două oferte diferite/separate.

De asemenea, intervenienta învederează faptul că costurile necesare lucrărilor suplimentare pentru asigurarea reconfigurarea/adaptarea/upgradarea/interfațarea sistemului existent cu cele noi nu au fost avute în vedere în stabilirea valorii estimate a contractului.

Prin răspunsul la solicitarea 7 din clarificarea 33-34 în cadrul răspunsului consolidat, CER dovedește faptul că toate lucrările aferente reconfigurării/adaptării/upgradării/interfațării sistemului existent cu cele noi nu au fost avute în vedere în stabilirea valorii estimate a contractului.

Mai mult și ANAP constată această lipsă de transparență prin Avizul conform condiționat pe care l-a emis chiar față de acest răspuns al entității contractante, considerând că nu sunt suficiente pentru întocmirea unei oferte nici măcar aceste informații noi, care nu existau la momentul publicării documentației de atribuire.

Așadar, completarea modului în care trebuie realizată propunerea financiară prin adăugarea unei noi categorii de cheltuieli ("Alte cheltuieli") dovedește clar că valoarea estimată a contractului publicată inițial nu a avut incluse aceste activități care tot prin clarificarea în cauză au fost introduse în documentația de atribuire.

În niciun document din documentația de atribuire, sau care să fi fost publicat odată cu răspunsurile la clarificări, nu se dovedește că aceste costuri au fost incluse/calculate/luate în considerare în valoarea estimată a lucrării.

În opinia intervenientei, entitatea contractantă avea posibilitatea (și obligația) de a adopta cea mai adecvată soluție pentru necesitatea pe care o dorește satisfăcută, astfel încât să nu se restricționeze concurența sau să încalce principiile tratamentului egal sau al transparenței.

În astfel de proiecte complexe de infrastructură, proiecte, care din punct de vedere al siguranței circulației, trebuie să fie unite cu proiectele finalizate în curs de finalizare, apare necesitatea obiectivă a corelării proiectului nou cu cel existent/în curs de derulare.

Dacă o astfel de corelare necesită upgradări/modificări pentru sistemul existent în curs de derulare, situația devine complicat de gestionat, raportat la respectarea principiilor transparenței, a tratamentului egal și asigurarea unei concurențe reale, întrucât upgradarea, modificarea sistemului existent nu se poate face decât:

- fie prin dezvăluirea secretului comercial al celui care a realizat softul/hardware-ul existent (întrucât o procedură concurențială presupune furnizarea tuturor informațiilor despre sistem, ceea ce ar însemna dezvăluirea tuturor conceptelor inovațiilor pe care operatorul

sistemului existent le-a utilizat, ceea ce duce și în acest caz la încălcarea principiilor concurențiale între operatorii economici de pe piață).

- fie prin organizarea unei proceduri neconcurențiale (cum ar fi procedura de negociere fără publicare), întrucât este imposibil de asigurat nivelul de transparență al unei proceduri concurențiale. Fără încălcarea unor principii esențiale de concurență, transparență, tratament egal.

Astfel, pentru a satisface această necesitate, entitatea contractantă are la dispoziție mai multe opțiuni, unele dintre aceste încălcând în mod grav principiile concurențiale:

- fie corelarea/conectarea/interoperabilitatea dintre acest proiect și cel existent va fi intermediată de către entitatea contractantă (aceasta reprezentând autoritatea care intervine și poate avea pârghiile necesare pentru a media colaborarea dintre operatorul care a realizat sistemul instalația nou și cel care a realizat sistemul instalația veche).

- fie să se organizeze o procedură de atribuire concurențială pentru aceste activități/ lucrări de upgradare/ modificare/ modernizare a sistemului existent, însă în acest caz este nevoie să publice toate informațiile pe care le are operatorul sistemului existent, situație față de care entitatea nu are nicio pârghie de a obliga acest operator să dezvăluie aceste informații iar pe de altă parte s-ar putea considera că se încălcă secretul comercial al acestuia prin dezvăluirea tuturor informațiilor la care are acces acest operator economic. În caz contrar, nefurnizarea acestor informații, sau dependenta creată față de operatorul sistemului existent ducând la încălcarea principiilor amintite.

Așadar, indiferent de soluția aleasă de entitatea contractantă pentru satisfacerea nevoilor obiective (putând exista și alte soluții legale față de cele invocate de către Siemens în cadrul contestației), aceasta trebuie să fie legală și să nu creeze obstacole în participarea operatorilor economiei în domeniu la procedura concurențială în cauză, iar măsura de remediere la care s-a făcut trimitere este în măsură să îndeplinească acele obiective.

Prin adresa nr. ..., Consiliul solicită să facă dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 220.000 lei conform prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că cererea de intervenție are caracterul (elementele) unei veritabile contestații.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 2678/18.01.2021, ... formulează răspuns în care menționează că această cerere de intervenție accesorie este în favoarea Siemens și a contestației sale.

Dacă însă se identifică anumite argumente/raționamente/exprimări care pot fi interpretare, considerate ca făcând parte dintr-o contestație, atunci intervenienta precizează că acestea nu fac parte din cererea sa de intervenție accesorie și pe această cale sunt înlăturate, dar rămân perfect valabile solicitările/argumentele/justificările în sprijinul Siemens, aceasta fiind esența întregii cereri, de altfel.

Astfel, cererea intervenientei a vizat în mod evident o susținere în favoarea Siemens (deci se sprijină apărarea Siemens), lucru care rezultă din următoarele:

a) din petitul formulat, care leagă prezenta cerere de intervenție de soluția dată în contestația Siemens.

Intervenienta nu tinde la impunerea unei pretenții proprii, ci urmărește, prin apărărilor sale ca CNSC să pronunțe o soluție în favoarea părții pentru care a intervenit, respectiv în favoarea Siemens.

Solicitarea intervenientei nu este una independentă, proprie, ci este accesorie contestației Siemens, cererea de intervenție neavând niciun petit separat de admiterea contestației Siemens.

Așa cum este cunoscut, intervenientul accesoriu, care vine în sprijinul unei părți dintr-un litigiu trebuie să justifice totuși un interes, care se delimitează de interesul de a pretinde pentru sine "dreptul dedus judecății". Acest interes în cazul intervenientului accesoriu este unul preventiv, și trebuie să arate folosul practic urmărit prin această intervenție, în acest caz fiind menținerea posibilității ca Siemens să poată participa la procedura de atribuire pentru ca și intervenienta să poată participa.

Mai mult, faptul că în petitul cererii de intervenție se solicită "admiterea contestației Siemens", dovedește că intenția intervenientei nu a fost să obțină judecarea unui drept propriu, ci judecarea dreptului Siemens care este expus și exprimat în contestație.

Clarificarea în sine nu îi aduce în mod direct o vătămare intervenientei având în vedere că nu desfășură acele activități la care face trimitere contestația Siemens, dar dacă s-ar respinge contestația Siemens, participarea intervenientei la procedură este afectată întrucât s-ar menține efectele neconcurențiale la care face trimitere Siemens, respectiv s-ar favoriza Alstom și Nokia, iar ceilalți ar fi descurajați să participe la procedură.

Intervenienta nu intenționează, prin cererea de intervenție să pună în discuție un drept propriu, ci să vină în sprijinul Siemens în vederea admiterii acestei contestații.

Deci, intervenienta a decis să participe în sprijinul Siemens în fața Consiliului, preventiv, pentru a-l ajuta pe acesta în apărărilor sale pentru ca intervenienta să nu fie afectată în vreun fel de menținerea favorizării Alstom și Nokia, fapt ce ar afecta pe ceilalți interesați să participe la procedură cum este Siemens.

Dacă Consiliul a interpretat în alt mod acest interes, astfel încât să fie considerat că se urmărește un drept propriu dedus judecății, atunci intervenienta înlătură respectivele exprimări/argumente în acest sens, cererea de intervenție fiind direct dependentă de cererea Siemens (dacă aceasta se respinge și cererea de intervenție se respinge).

Conținutul cererii de intervenție s-a raportat la argumentele/motivele invocate de către Siemens în Contestație, abordându-se și sprijinindu-se în apărare aceleași problematici descrise de către Siemens.

Analiza concretă a acestor argumente din punct de vedere al temeiniciei sau fundamentării lor urmează a fi realizată în momentul judecării contestației și a cererii de intervenție iar dacă se consideră că o parte dintre acestea depășesc limitele stabilite de contestație atunci ele pot fi respinse dar în niciun caz nu se poate califica o întreagă cerere bazată pe exprimări folosite în argumentarea motivelor invocate de către Siemens.

Cererea de intervenție se califică în funcție de solicitările formulate în petitul cererii, acesta delimitând clar cadrul procesual și intenția petentului în formularea cererii.

În cazul de față, solicitarea este clară, respectiv se urmărește și s-a solicitat admiterea contestației ...nefiind formulate alte solicitări care să aibă legătură directă sau să presupună pretenții față de un drept propriu al intervenientei.

Cererea intervenientei respectă și identifică toate elementele definitorii ale unei cereri de intervenție accesorii în favoarea Siemens, și niciun element care să determine interpretări în sensul că aceasta ar fi în realitate o acțiune separată de contestația Siemens prin care să se urmărească un drept propriu al

Toate argumentele formulate în cuprinsul cererii nu privesc și nu au avut la baza vreo solicitare proprie, ci s-au raportat la argumentele/motivele Siemens din contestație, fapt dovedit și prin aceea că în cadrul cererii de intervenție au fost citate extrase din contestația Siemens.

Interpretările trebuie realizate în sensul de a produce efecte juridice, iar nu de a limita dreptul la apărare și accesul la justiție și interzicerea unui operator economic interesat să participe la procedură de a interveni în susținerea unui contestator față de documentația de atribuire.

Calificarea unui act procedural nu ar trebui să fie realizată în mod formalist și în scopul de a îngrădi dreptul la apărare, ci ar trebui analizate toate aspectele care determină intenția, scopul și interesul pentru care emitentul aceluia act a depus eforturile necesare în vederea formulării actului.

Intervenienta învederează că scopul și interesul său a fost întotdeauna de a ajuta Siemens în acțiunea sa, ca potențial partener în vederea participării la această procedură.

Prin adresa nr. 257/18.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 2922/19.01.2021, SC ... SRL formulează note scrise prin care menționează că prin apărările formulate, CFR reclamă, pe de o parte, faptul că prin clarificările contestate nu ar fi fost introduse obligații noi în sarcina ofertanților, ci doar ar fi fost aduse precizări suplimentare, iar pe

de altă parte, că prin Decizia CNSC ... din data de 28.02.2017, organul administrativ-jurisdicțional s-ar fi pronunțat deja pe aspectul de fond în discuție.

Ambele argumente sunt nefondate. În primul rând, prin răspunsuri de clarificare contestate nu numai că nu sunt clarificate aspectele tehnice sau economice, dar, mai mult, acestea par a fi doar niște confirmări formale ale unor întrebări formulate de operatori care, prin modalitatea de formulare aleasă, nu s-au preocupat decât să îi creeze entităților contractante șansa concretă prin care să introducă în documentație toate lucrările care sunt sau pot fi afectate de efectul anticoncurențial descris prin contestație.

Afirmațiile CFR se întemeiază pe pretinsul caracter implicit al unora dintre cerințe (care, de plano, nu poate fi luat în discuție vis-a-vis de prevederile imperative legislative care obligă entitățile de a redacta documentația astfel încât cerințele să fie exprese, clare și formulate într-un mod neechivoc), precum și pe faptul că asemenea cerințe au fost prevăzute și în cadrul unui proiect anterior.

De exemplu, nu poate fi permisă apărarea CFR față de critica referitoare la introducerea doar prin intermediul clarificărilor contestate a obligațiilor de modificare a centralelor MSC, prin faptul că aceasta ar fi fost impusă în cadrul licitației pentru contractul Brașov - Sighișoara, secțiunea Apața - Cața la care ... a participat. CFR afirmă în acest sens că *"din acest motiv ea nu este o "cerință suplimentară" sau "în totalitate nouă "pentru un ofertant care a participat la licitația "Secțiunea Brașov-Sighișoara, subsecțiunea 2. Apața - Cața" și a pregătit o ofertă care să fie conformă cu Cerințele Beneficiarului."*

În materia achizițiilor publice nu pot exista cerințe implicite, indirecte și nici reglementate per relationem.

Asemenea apărări arată caracterul superficial în care CFR abordează prevederile legale. Obligativitatea lor pare a fi o opțiune în concepția CFR.

CFR confirmă, practic, prin punctul de vedere, că documentația de atribuire pe care a conceput-o, impune ofertanților, pentru a putea participa în procedură, să ajungă la un acord economic și tehnic cu ALSTOM/NOKIA, obstacol care evident nu există pentru ofertantul ALSTOM și subcontractorul NOKIA.

O asemenea favorizare a lui ALSTOM și NOKIA prin dezavantajarea tuturor celorlalți ofertanți este complet nejustificată, condițiile preexistente procedurii (realizarea tronsonului anterior Frontieră- Curtici-Arad-Km 614 de către ALSTOM, respectiv implementarea celor două centrale MSC în cadrul proiectului Pilot Buftea-Brazi de către NOKIA) putând fi gestionate cu totul altfel de către CFR, astfel încât să nu existe niciun avantaj/dezavantaj pentru nimeni.

CFR nici măcar nu a inclus în documentație informații complete cu privire la obligațiile de interconectare pe care le are câștigătorul. Dovadă

stau cele 300 de pagini de clarificări publicate de CFR "pe ultima sută de metri", prin care CFR suplimentează semnificativ obiectul procedurii și obligațiile de interconectare ale ofertanților.

În ceea ce privește clarificările aduse afirmației CFR din cadrul dosarului CNSC nr. ... referitoare la necesitatea rescrierii software-ului instalației din stația Glogovăț în vederea asigurării unei concurențe nedenaturate, afirmația nu are sens decât în ipoteza în care rescrierea revine în sarcina entității contractante.

Concurența este denaturată în orice altă ipoteză, doar prin simplul fapt că ofertantul este obligat să ceară ofertă de la operatorul care a instalat software-ul și hardware-ul în stația Glogovăț.

În cauza de față nu s-a contestat necesitatea interconectărilor, ci modul de realizare a interconectării, mai exact crearea unor obligații anticoncurențiale de a include în ofertă lucrări de modificare a software-ului și hardware-ului aparținând operatorilor concurenți.

Drept pentru care nu este relevantă și nu poate fi reținut eventuala autoritate de lucru judecat a acestei decizii. De altfel, nici de principiu nu poate fi invocată autoritatea de lucru judecat a respectivei decizii în cauza actuală, neexistând identitate de obiect, cauză și părți.

CFR citează din Decizia CNSC nr. ..., înlocuind, însă, în mod intenționat și tendențios ideea de integrare/interconectare cu cea de modificare majoră a software-ului și hardware-ului unei instalații deja existente, asupra căruia există drepturi de proprietate intelectuală.

În același sens, în punctul de vedere al entității contractante, exprimarea "costuri suplimentare pentru adaptarea la sistemele vecine" este asimilată în mod incorect cu costurile pentru modificarea sistemelor vecine.

CFR invocă procedura anterioară Brașov Sighișoara Lot 1 și Lot 3, Apața-Cața Lot 2, Simeria-Km 614 Lot 2a, 2b,2c și 3 și cu privire la cerințele MSC, însă în prezenta procedură deosebirea constă în faptul că doar printr-un răspuns de clarificare s-a pus pentru prima dată problema upgradării centralelor MSC (înlocuirii software-ului existent).

Cu toate că și în celelalte proceduri similare de achiziție, deja finalizate, există aceleași cerințe de interconectare/interfațare a unei rețele GSM-R care respectă noile specificații tehnice EIRENE FRS V8.0 EIRENE SRS V16. cu cele două centralele MSC implementate în alt proiect și care sunt conforme cu vechile specificații funcționale EIRENE FRS V7.0 și EIRENE SRS V15, entitatea contractantă nu a impus modificările de software (upgradarea) ale centralelor MSC existente.

Având în vedere faptul că în cadrul acestor două proiecte au fost aceleași cerințe GSM- R, iar proiectele "Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov Simeria, componentă a coridorului Rin Dunăre, pentru circulația cu viteză maximă de 160 km/h, Secțiunea Brașov-Sighisoara, subsecțiunile 1. Brașov - Apața și 3. Cața - Sighișoara, respectiv secțiunea 2 Apața-Cața" sunt în curs de implementare de către un alt

Antreprenor, acest upgrade al centralelor MSC nu a fost cerut în cadrul proiectului Apața-Cata, cu toate că rețeaua GSM-R care va fi implementată în acest proiect trebuie să fie conformă cu cele mai recente versiuni aprobate ale standardelor EIRENE și MORANE (LC) EIRENE FRS V8.0 respectiv EIRENE SRS V16.

Referitor la afirmația CFR potrivit căreia „La recepția finală Consorțiul a pus la dispoziția CFR documentația tehnică care conține toate planurile și chiar și setările pentru centralele MSC în cele mai mici amănunte. Deci Siemens dispune de documentația amănunțită a rețelei Centrale din Pilot”, Siemens susține că nu a dispus și nu dispune de documentația amănunțită a rețelei GSM-R din cadrul proiectului Pilot. CFR știe că în cadrul unui Consorțiu, fiecare asociat are răspunderea tehnică și economică proprie asupra soluțiilor implementate, respectiv pentru sistemul GSM-R implementat de către firma Nokia și proprietara drepturilor intelectuale, este singura care are documentația amănunțită cu privire la setările softului.

Pentru orice tip de sistem electronic implementat, nicio firmă care a implementat aceste sisteme electronice nu a predat Beneficiarului setările software, deoarece firmele care le-au implementat au drept de proprietate intelectuală asupra software-ului și hardware-ului, fiind responsabile pentru respectarea gradului de siguranță SIL 4 impus, pe toată durata de viață a acestora.

Un alt exemplu concludent este legat de faptul că CFR (Beneficiarul) poate efectua numai nivelul 1 de mentenanță al acestor sisteme, care constă în înlocuirea echipamentelor defecte, respectiv întreținerea instalațiilor în conformitate cu prevederile din manualele de mentenanță predate de către Constructor și nicidecum modificările setărilor software ale acestor instalații, care pot avea un impact major în siguranța circulației feroviare, conform cerințelor Beneficiarului Specificație tehnică centralizare electronică - CE, Versiune 1.8 - 01.10.2020.

Prin adresa nr. 425/26.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 4356/27.01.2021, SC ... SRL formulează note scrise prin care, în susținerea contestației formulate, depune:

(1) Hotărârea nr. 354-01/19-8 a Comisiei Naționale pentru Controlul Achizițiilor Publice din Croația (echivalentul CNSC din Croația), care a validat o teză juridică similară prezentei contestații, precum și clarificările/măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă în sensul eliminării efectului anticoncurențial;

(2) Documentația aferentă unui proiect desfășurat în prezent în Croația în care, prin raportare la o situație de fapt asemănătoare, autoritatea contractantă a prevăzut ab initio că modificarea sistemelor pre-existente nu va face parte din contractul ce urmează a fi atribuit, modificarea acestora fiind atribuită direct operatorului care a instalat/configurat inițial aceste sisteme.

Contestatoarea invocă un precedent judiciar asemănător soluționat de Comisia Națională pentru Controlul Achizițiilor Publice din Croația în sensul celor susținute și de SIEMENS.

În cadrul unui proiect asemănător din Croația (2018-2019), Alstom Ferrovaria SpA și un alt operator economic (DIV-Grupa d.0.0.) au solicitat anularea cerințelor din documentația de atribuire (secțiunea 1.3.4.2.1), întrucât prin acestea se cerea modificarea software-ului instalației de centralizare electronică (ESSU) implementate în cadrul unui proiect anterior, inclusiv a sistemului interlocking SIMIS W instalat de către subsidiara Siemens.

Reclamantul ALSTOM FERROVARIA SPA, filiala Zagreb, Zagreb, analizând conținutul documentației privind achiziția, concret privind punctul 1.3.4.2.1. Specificații tehnice. Caietul II. registrul I. se susține că tipul dispozitivului SIMIS VV reprezintă un dispozitiv electronic pentru semnal - siguranță (ESSU) care este produs și instalat doar de o firmă, respectiv SIEMENS. Reclamantul mai departe susține că executarea lucrărilor raportat la acest dispozitiv avea legătură cu procedura achiziției publice anterioare, pe tronsonul DUGO SELO KRIZEVCI unde beneficiarul a acordat lucrările ca și subcontract subcontractantului SIEMENS DD HEINZELOVA 70A Zagreb, respectiv SIEMENS AKTINGESELLSCHAFT OSTEREICH, Viena. Austria. Reclamantul menționează că au fost încălcate dispozițiile procedurii achiziției publice prescrise prin art. 4 ZJN 2016 și că s-a ajuns la subcontractare, deoarece subiectul achiziției nu este descris în mod neutru și că sunt formate obstrucții nefondate din domeniul concurenței de piață. Reclamantul consideră că beneficiarul trebuia să prescrie documentația de achiziția în așa fel încât specificațiile tehnice nu limitează licitația publică, respectiv trebuia să menționeze faptul că SIEMENS este producătorul acestor dispozitive conform cu art. 199 ZJN 2016 pentru a se putea aplica măsurile necesare pentru evitarea concurenței.

Beneficiarul în răspunsul său la reclamație susține că în mod clar din punct de vedere tehnic ajustarea ESSU KRIZEVCI (lip dispozitiv existent este SIMIS W) și modificarea software-ului ESSU poate efectua doar firma SIEMENS care are drepturile proprietății intelectuale și autorizațiile necesare pentru dispozitivul SIMIS W, dar că va modifica partea din documentația privind achiziția pentru a face posibilă tuturor firmelor să participe la licitație. De asemenea susține că, contrar celor menționate de ofertant, SIEMENS nu a fost niciodată inclusă în procedura achiziției publice pentru acest tronson.

Comisia Națională pentru Controlul Achizițiilor Publice (echivalentul din Croația al CNSC) a decis prin hotărârea nr. 354-01/19-8 pronunțată în 29 ianuarie 2019 anularea secțiunilor contestate din documentația de atribuire, reținând existența unui element anticoncurențial care ar determina o încălcare a art. 206 din Legea achizițiilor publice din Croația potrivit căruia specificațiile tehnice trebuie să fie elaborate în așa mod

încât să asigure tuturor participanților acces egal la procedura de achiziții publice.

De altfel, pe parcursul demersului litigios, autoritatea contractantă din Croația și-a admis culpa, a recunoscut caracterul nelegal al aspectelor contestate și și-a asumat obligația remedierii acestora.

Aceasta a publicat mai multe clarificări (prezentate în Anexa nr. 2) prin care a luat măsurile de remediere necesare. Inițial, prin clarificările publicate în data de 12.02.2019 a specificat în mod expres că Siemens va executa toate lucrările de suprastructură aferente ESSU Krizevci și modificările sistemului din stația Krizevci:

9. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice-cap. 1.3.4.2.1 ESSU Krizevci se modifică și va fi :

"Suprastructura ESSU Krizevci (instalație tip DSIMIS W) se va executa ca urmare a instalării macazurilor 25, 26, 27 și construirii liniei ferate duble pe tronsonul Krizevci - Lepavina. În gară se vor monta semnalele de intrare B1 și B2 și indicatoarele de viteză, semnalele de manevră, dispozitivele de instalare și aparatele de control suplimentare ale schimbătoarelor de cale de la macazurile 25, 26 și 27 și se va modifica software-ul ESSU din cauza noii situații a căii ferate astfel încât să fie posibilă orice cale de trecere sau de manevră.

Conform art. 5 din Contractul OU, în baza unei prescripții speciale, subcontractantul nominalizat Siemens va executa toate lucrările de suprastructură la ESSU Krizevci. Aceste lucrări vor cuprinde :

- *montarea dispozitivelor de instalare a macazurilor și aparatelor de control ale schimbătoarelor de cale de la noile macazuri 25, 26 și 27*
- *montarea semnalelor de intrare B1 și B2, inclusiv a indicatoarelor de viteză și balizelor instalațiilor autostop*
- *montarea semnalelor de manevră MS26L și MS27V*
- *completarea instalației contorului de osie în zona gării Krizevci*
- *conectarea prin cabluri a elementelor nou montate și traseul de cabluri aferente*
- *componentele hardware ale ESSU și ale sistemului contorului de osie*
- *modificarea și certificarea software-ului ESSU SJMIS W și a sistemului controlului de osie din gara Krizevci*
- *pregătirea ESSU în gara Krizevci pentru interfața către APB Krizevci – Lepavina. Pe lângă modificările legate de ESSU, subcontractantul nominalizat Siemens va executa și suprastructura și modificarea sistemului de încălzire a macazurilor pentru macazurile 25, 26 și 27, sistemului ETCS din gara Krizevci. echipamentelor TK. Macazurile nr. 25, 26, și 27 vor fi de tipul 60 E1-500-1:12 ".*

Prin aceleași clarificări autoritatea contractantă a prevăzut, de asemenea, că:

10. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 1.3.4.2.5 Spațiile interfață ale gării

La sfârșitul capitolului se adaugă textul:

"Interfața către gara Krizevci se va executa conform datelor tehnice ale subcontractantului nominalizat Siemens, care va executa adaptarea ESSU la gara Krizevci".

11. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 1.3.4.3.1 Gara Krizevci La sfârșitul capitolului se adaugă textul:

"Lucrările la sistemul de încălzire a macazurilor din gara Krizevci se vor executa de către subcontractantul nominalizat Siemens".

15. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 2.3.1. Responsabilitățile executantului

La sfârșitul punctului se adaugă textul:

"e) Conform art. 5 din Contractul OU, Executantul, trebuie ca pe baza unei reglementări speciale, să-l desemneze pe subcontractantul nominalizat Siemens, care va executa toate lucrările și documentația prevăzută la punctele din Specificațiile tehnice I. Volumul III, Secțiunea 1, capitolele (1.3.4.2.1.,1.3.4.2.5.,1.3.4.3.1,1.3.4.5.3.,1.3.4.7.4).

Subexecutantul desemnat este obligat să armonizeze dinamica sa de execuție a lucrărilor cu Executantul lucrărilor. Executantul este obligat să preia toate raporturile reciproce dintre executant și subexecutantul desemnat, fără riscuri pentru Comanditar. Comanditarul în baza unui acord separat încheiat cu subexecutantul desemnat, va face posibil să existe prețuri și condiții egale de execuție a lucrărilor respective, care vor fi aceleași pentru toți ofertanții în cadrul procedurii de achiziții".

Mai mult, ulterior, autoritatea din Croația a revenit și prin clarificările publicate în data de 21.02.2019 a stabilit că lucrările de modificare a sistemelor instalate anterior de Siemens nu fac obiectul procedurii de achiziție și vor fi *"regularizate de beneficiar prin contract separat"*:

- *În cazul dispozitivelor electronice pentru semnale - siguranță ajustarea software-ului este efectuată de producătorul dispozitivului (conform cu reglementările art. 13 alin. (5) din regulamentul privind condițiile tehnice pentru sub sistemul feroviar de infrastructură raportat la semnalizare - siguranță și circulație – administrare, MO nr. 197/2015 și*

- *programul informatic este protejat în sensul că reprezintă proprietate intelectuală a autorului său care are drepturile exclusive, care printre altele va aproba traducerea, ajustarea, prelucrarea și alte modificări asupra programului informatic drepturi conform cu legea drepturilor de autor și alte drepturi (MO 167/03, 79/07, 80/11, 141/13, 127/14, 62/17 și 96/18).*

Ajustarea ESSU KRIZEVCI și modificarea software ESSU poate fi efectuată doar de SIEMENS (subcontractat în executarea contractului pe

tronsonul DUGO SELO - KRIZEVCI). Lucrările menționate nu sunt subiectul acestei achiziții.

Lucrările aferente vor fi regularizate de beneficiar prin contract separat. Conform cu cele menționate:

1. În documentul cu titlul „Explicații și modificări (3) 07-02-2019”
- text MODIFICARE (3) care se adaugă la sfârșitul punctului 4.6. transmitere către ofertanți, se șterge în totalitate.

2. În documentul cu denumirea „modificări (4) 12-02-2019,, se șterge textul observațiilor finale.

Beneficiarul, în cel mai scurt timp, va efectua publicarea modificărilor necesare, specificațiile tehnice, cheltuielile și condițiile speciale ale contractului.

Pentru ca, în final, să revizuiască și să republice documentația de atribuire în vederea precizării în mod concret la nivelul fiecărei activități relevante că lucrările de modificare a sistemelor/echipamentelor instalate anterior de Siemens nu fac obiectul contractului licitat și vor fi asigurate de Siemens pe baza unui contract separat încheiat cu acest operator economic.

Din aceeași documentație reiese că autoritatea a impus în privința stațiilor vecine doar asigurarea interfațării astfel cum reiese din cerințele aplicabile instalației ESSU din stația Lepavina (a se vedea, de asemenea, traducerea autorizată din Anexa nr. 3, punctul 1.3.4.2.2):

"Ca parte a lucrărilor la ESSU Lepavina, este necesară construirea unei interfețe către gara ESSU Krizevci (tip SIMIS W). O prezentare detaliată a structurii echipamentelor poate fi găsită în Figurile 1.2, 5.1, 5.2 din Volumul III, Cartea a 4-a - Anexe grafice, 4.3.1 Dispozitive pentru semnalizare de siguranță."

De asemenea, în cadrul secțiunii 1.3.4.2.5. Interfețele gării s-a prevăzut expres că:

"Noul sistem pentru semnalizare de siguranță trebuie conectat la dispozitivele pentru semnalizare de siguranță ale gării vecine existente la gara Gyekenyes (tip Integra) și la dispozitivul SS al gării Krizevci (SIMIS W). Interfața după gara Krizevci va fi realizată de executant, în conformitate cu datele tehnice ale Siemens, care va efectua adaptarea ESSU la gara Krizevci."

Astfel, autoritatea din Croația a adoptat singura soluție care asigură deopotrivă atât scopul tehnic urmărit de beneficiar, cât și respectarea prevederilor legale care impun înlăturarea oricărui element anticoncurențial, prevăzând în mod expres că operatorul economic care a implementat în trecut sistemul a căror modificare se solicită în prezentul proiect va avea sarcina asigurării interfațării acestuia cu sistemul care va fi implementat în noul proiect.

Sub nicio formă, autoritatea din Croația nu a aruncat responsabilitatea (și riscul) operatorilor interesați să participe și nici nu

le-a cerut acestora să negocieze direct cu operatorul în cauză, precum se întâmplă în cazul procedurii lansate de CFR.

De asemenea, contestatoarea invocă documentația de atribuire aferentă unui proiect desfășurat în prezent în Croația în care, prin raportare la aceeași situație de fapt, autoritatea a prevăzut ab initio că modificarea echipamentelor Siemens preexistente nu face parte din contract.

În Anexa nr. 4 sunt prezentate extrase din cadrul documentației de atribuire publicată recent în legătură cu achiziția lucrărilor aferente subsistemului de infrastructură de Control-Comandă și Semnalizare din cadrul proiectului "Reconstrucția culoarului existent și construcția unui al doilea culoar pe secțiunea "Hrvatski Leskovac - Karlovac" - 44,02 km, 3 stații (H. Leskovac, Jastrebarsko, Karlovac), viteza 160 km/h".

Din analiza acestora se poate constata că autoritatea contractantă din Croația a ținut cont de precedentul judiciar prezentat anterior și în contextul unei noi proceduri de atribuire a stabilit că lucrările de modificare a sistemelor instalate anterior de un anumit operator economic nu fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Contestatoarea apreciază ca fiind extrem de relevante aceste aspecte în soluționarea cauzei în condițiile în care, în esență, prevederile legale sunt asemănătoare, avându-și sursa în aceleași directive europene.

Spre deosebire de CFR în cazul prezentei proceduri din România, autoritatea din Croația a ținut cont de condiționalitățile tehnice și de singura soluție tehnică pe deplin aptă de a asigura respectarea prevederilor legale și anume aceea de a solicita operatorilor doar asigurarea interfațării cu sistemele implementate anterior de competitori. Aceasta a înțeles că doar în felul acesta pot fi puse în aplicare prevederile legale care impun un tratament egal între ofertanți și egalitatea de șanse în obținerea contractului de achiziții publice.

Asigurarea interconectării presupune interfațarea reciprocă a celor două sisteme vecine și nu modificarea/reconfigurarea unui sistem vechi; există o mare diferență între cele două operațiuni, cea de a doua presupunând accesul la sistemul vechi care nu poate fi realizat fără concursul operatorului care l-a instalat.

Prin adresa nr. 455/27.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 4486/27.01.2021, SC ... SRL depune în cadrul dosarului nr. 2953/2020 opinia de specialitate emisă de către Conf. Dr. ing. ec. Florin Nemțeanu cu privire la elementele de natură tehnică relevante în soluționarea cauzei și care confirmă susținerile formulate prin contestație.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 6345/08.02.2021, SC ... formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei în care reiterează solicitările din cadrul cererii de intervenție și de asemenea, achiesează la cele menționate de către SC ... SRL în cadrul Notelor scrise.

Prin adresa nr. 1.D/2/964/21.05.2021, înregistrată la Consiliu sub nr.26561/21.05.2021, ... SA comunică Decizia Civilă nr. 178/02.02.2021 privind soluționarea plângerii formulate la Curtea de Apel București către SC ... SRL împotriva Deciziei CNSC nr.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 57899/29.12.2020, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică răspunsul consolidat la solicitările de clarificări publicat în data de 18.12.2020 prin care entitatea contractantă nu doar că nu ține cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial, ci chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări față de cele prevăzute inițial în documentația de atribuire.

Prin intermediul răspunsului consolidat, entitatea contractantă a decis astfel nu doar să corecteze numeroasele erori și lipsuri deja remarcate de entități interesate de participarea la procedură, ci și să suplimenteze într-un mod nerezonabil și nejustificat însuși obiectul procedurii de atribuire, prin adăugarea unor servicii, lucrări și/sau materiale și echipamente ce urmează să fie utilizate în cadrul unor proiecte ce nu fac obiectul procedurii:

- Lot 1 și 2: activități suplimentare de modificare / reconfigurare (inclusiv proiectarea unor soluții proprietare) a unor instalații/subsisteme implementate de un operator terț, concurent în cadrul acestei proceduri, în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614;

- Lot 1 și Lot 2: efectuarea conectării sistemului BSS ce urmează a fi livrat la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS15 la FRS 8 și SRS 16,

- Lot 1: Realizarea unor interfețe (CMT) ce nu au fost inițial incluse în obiectul procedurii de atribuire, așa cum reiese din punctul 2 din solicitările 110-111;

- Lot 1 și Lot 2: aprovizionarea Beneficiarului cu materiale/ echipamente suplimentare, ce nu au fost inițial incluse în obiectul procedurii de atribuire, în vederea instalării în afara proiectelor ce fac obiectul procedurii;

Astfel, entități interesate de participarea la procedura de atribuire se află în situația forțată și nerezonabilă de a negocia în mod direct cu operatorul terț care a instalat subsistemele respective în vederea achiziționării de drepturi, servicii și asistență pentru a putea duce la îndeplinire contractul ce face obiectul procedurii de atribuire, entitatea contractantă degrevându-se astfel, într-un mod nejustificat, de orice responsabilitate în ceea ce privește asigurarea punctului de legătură între operatori cu interese concurente și între proprii antreprenori;

Mai mult, modificarea/reconfigurarea acestor instalații/subsisteme nu au făcut inițial obiectul procedurii de atribuire, întrucât aceasta trebuia privită și tratată într-un mod distinct, în cazuri similare

anterioare entitatea contractantă solicitând interfațarea cu sistemele vecine existente, și nu întreaga reconfigurare / modificare a acestora, inclusiv proiectarea unei soluții dezvoltate de către un operator terț, concurent în cadrul procedurii;

Entitatea contractantă a introdus abia prin răspunsul consolidat lista principalelor lucrări o linie generică de tipul „alte costuri” referitoare la costurile importante determinate de reconfigurarea și interconectarea subsistemelor livrate anterior și le sugerează operatorilor să introducă și costurile legate de interconectare, fiind astfel confirmată teza că acestea nu au fost avute în vedere de la început și că valoarea estimată a procedurii prevăzută la cap. II.2.5 din fișa de date a achiziției nu reflectă astfel de costuri;

În loc să clarifice aspectele tehnice în vederea interfațării cu subsistemele vecine (o abordare utilizată în mod frecvent în cadrul procedurilor de atribuire anterioare și care avea să diminueze considerabil riscul de distorsionare a concurenței), entitatea contractantă, forțează într-un mod nerezonabil entități interesate de participarea la procedură să suplimenteze obiectul procedurii, în cadrul aceleiași valori totale estimate, prin reconfigurarea (inclusiv proiectarea) unor subsisteme deja implementate și puse în funcție, unele care se află în perioada de notificare a defectiunilor;

Interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta creează din start premisele distorsionării concurenței), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, fie prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori ale căror sisteme trebuie să se interfațeze, fie prin includerea, încă de la lansarea procedurii, a unor sume provizionate în conformitate cu prevederile Art. 49.3 din modelul de contract aferent procedurii de atribuire (Anexa 2 la HG nr. 1/2018) care să fi fost incluse în valoarea totală estimată din cadrul fișei de date;

Operatorul terț care a implementat aceste sisteme în cadrul proiectului Curtici - Arad - Frontieră-km 614 beneficiază așadar de un avantaj evident în procedură, nu numai prin aceea că va putea ofera la rândul său un preț mai mic, ci și prin aceea că va putea controla prețul serviciilor oferite competitorilor săi în cadrul acestei proceduri, cu atât mai mult cu cât detaliile tehnice ale acestor reconfigurări nu sunt și nu pot fi pe deplin cunoscute de către ofertanți;

În pofida celor menționate în prezenta contestație și având în vedere termenul limită de depunere a ofertelor, vă informăm că subscrisa a transmis o cerere de ofertă în acest sens producătorilor acestor sisteme de semnalizare, în speță către Alstom Transport, până la data prezentei nefiind primit nici un răspuns.

Entitatea contractantă ar fi putut, pentru diminuarea riscului de distorsionare a concurenței, să solicite direct operatorului terț

(concurrent) o ofertă separată pentru aceste activități suplimentare și să le includă în cadrul sumelor provizionate în conformitate cu prevederile modelului de contract aferent procedurii, și implicit în valoarea totală estimată. Abia prin răspunsul consolidat entitatea integrează în prețul total al contractului valorile aferente acestor lucrări suplimentare.

Astfel, prin răspunsul consolidat publicat în data de 18.12.2020, entitatea contactantă suplimentează astfel, pe alocuri și într-un mod neclar și care lasă loc de interpretări, obligațiile ce vor reveni ofertantului ce va fi declarat câștigător, astfel :

i) realizarea tuturor modificărilor necesare (hardware, software, certificare, testare, demonstrare funcționalitate, etc.) pentru adaptarea instalațiilor deja implementate în proiectul anterior Curtici - Km 614 și care sunt incluse în prezentul proiect (CE, RBC, ERTMS, GMS, etc.), efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător;

ii) efectuarea conectării sistemului BSS ce urmează a fi livrat la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16

iii) punerea la dispoziția Beneficiarului a unor echipamente suplimentare, neincluse în documentația de atribuire, în vederea instalării de către acesta.

iv) Pentru Lotul 1, realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect.

Pentru claritate, documentația de atribuire prevede, prin documentul memoriu SF, cap 5.3.5.1, Lucrări speciale la instalațiile SCB proiectate, următoarele activități:

„În afara lucrărilor specifice de reabilitare și modernizare a tronsonului, se subliniază faptul că în anumite puncte de secționare s-a prevăzut pregătirea unor proiecte dezvoltate de către terți, aflate în diferite faze de implementare.

Pregătirea respectivă constă din includerea în soft-urile instalațiilor CE unor puncte de racord la infrastructura feroviară publică, precum și dimensionarea corespunzătoare a cablurilor exterioare, astfel încât să fie facilitate proiectarea și execuția lucrărilor respective prin evitarea unor costuri ce în mod cert ar descuraja realizarea acestor investiții și implicit ar dezavantaja administratorul infrastructurii feroviare publice, beneficiarii proiectelor respective și chiar mediul economic și social, fapt care se poate deduce și din prezentarea scopurilor pentru care trebuie cuprinse aceste lucrări speciale.

i. În stația Găvojdia a fost integrat în CE un punct de racord de perspectivă pentru facilitarea realizării unor eventuale conexiuni de LFI la infrastructura feroviară publică, în capătul Y al stației.

ii. În stația Remetea Mare se va integra în CE dispozitivul de racord de perspectivă la Aeroportul Internațional Traian Vuia (situate în

capătul Y al stației), precum și un viitor racord de LFI în capătul X (viitor terminal multimodal de transport).

iii. În stația Timișoara Est se va integra în CE dispozitivul de racord de perspectivă la Aeroportul Internațional Traian Vuia, înspre direcția Radna.

iv. În Hm. Șag a fost integrate în CE două puncte de racord pentru facilitarea conectării a două LFI, la infrastructura feroviară publică, pentru ambele existând date concrete cu privire la intențiile de realizare, exprimate de către doi operatori economici.

v. În P.M. Valea Viilor s-a prevăzut o instalație CE ce va funcționa pe linia dublă dintre Șag și Aradu Nou și va controla și comandă 5 macazuri și 6 semnale (patru de circulație și două de manevră), plus circuitele de cale aferente, precum și o instalație CED ce va fi formată din componente ce vor proveni din recuperări. Instalația CED va fi folosită pentru exploatarea liniilor dintr-o antestație ce va deservi, la rândul său, linia ferată industrială ce urmează a fi construită în zonă, până la implementarea proiectului de modernizare a tronsonului Caransebeș - Arad, la data finalizării acestui proiect, construcția LFI fiind deja aprobată. Instalația CE va fi în dependență, prin interfațare, cu instalația CED și va fi alimentată din sursa de electroalimentare existentă la Valea Viilor, precum și din linia de contact, ca sursă de rezervă, prin intermediul postului de alimentare prevăzut pentru antena GSM-R (25kVA)."

Or, răspunsurile din partea entității contractante sunt formulate într-un mod ambiguu, care lasă loc de interpretări, acestea nu numai că nu sunt de natură să clarifice aspectele solicitate, ci suplimentează, într-un mod neclar, obligațiile ofertantului ce va fi declarat câștigător:

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea unei singure versiuni de software pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, care să nu necesite modificări ulterioare, cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă"

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, atât pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren, cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă"

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului aprovizionarea echipamentelor exterioare și a materialelelor necesare (în vederea asigurării compatibilității cu instalațiile ce vor fi puse în operare comercială fără lucrările de perspectivă) și predarea acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă".

Referitor la clarificarea entității contractante ca un Antreprenor/Contractor să realizeze „o singură versiune de software"

pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, care să nu necesite modificări ulterioare, cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă este absurdă și imposibil de realizat fără a pune în pericol siguranța circulației astfel:

- Instalațiile de semnalizare de tip CE, BLAI, RBC și CMT sunt instalații de siguranța circulației care se proiectează și realizează pentru o arhitectură clar definită și pentru stații de cale existente. În proiectarea unor astfel de instalații sunt luate în considerare toate parcursurile posibile a fi realizate și se elimină prin software „parcursurile incompatibile”, adică acele parcursuri din interiorul stației de cale ferată care pot conduce la situații periculoase sau accidente.

- limita de responsabilitate a unei instalații de siguranță se află în aria zonei/stație/ariei pe care o controlează efectiv, și nu există posibilitatea extinderii responsabilității unei astfel de instalații doar prin adăugarea unor elemente noi, fără a se reface întreg procesul de verificare și validare.

- Nicio instalație de siguranța circulației nu poate controla ceva ipotetic realizat într-un viitor nedefinit și fără a se relua întregul proces de verificare și validare ce implică și eliminarea tuturor situațiilor periculoase.

- Nu este clară limita proiectului software: limita fizică a proiectului existent sau limita implementărilor din proiectele ulterioare. Nu este clar ce anume trebuie să verifice și controleze instalația respectivă și, în mod concret, ce se va realiza în cadrul acestui proiect sau ce va realiza CFR în viitor în cadrul altor proiecte de reabilitare ulterioare.

- Nu este definită limita responsabilității ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea de către soluțiile și sistemele software a condițiilor de siguranța circulației, nici pentru proiectul actual pe care își asumă să îl elaboreze, implementeze, verifice și testeze care se referă la subsistemele implementate chiar de acesta, respectiv pentru (sub)sistemele „extensibile” ulterioare implementate de către terți și asupra cărora nu are absolut nici o posibilitate de a verifica îndeplinirea condițiilor siguranța circulației, și nici nu poate controla instalarea corectă a tuturor echipamentelor asupra căror trebuie să-și asume responsabilitatea.

- În cazul în care soluțiile și sistemele software solicitate trebuie să fie „extensibile”, nu este definită responsabilitatea validării și testării acestor funcționalități, cum vor fi acestea efectuate și cum se va elimina riscul ca, în timpul evaluării ofertelor, cerințele să nu fie interpretabile.

- Pentru o mai ușoară înțelegere, contestatoarea exemplifică situația în care orice producător de telefoane mobile publică în mod repetat variante noi de software care să repare erori și defecte software descoperite în exploatare. În cazul de față entitatea contractantă elimină automat această posibilitate.

Referitor la clarificarea entității contractante de modificare/adaptare a unor subsisteme implementate de către un operator terț:

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, atât pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren, cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă”.

Entitatea contractantă solicită Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare (...), atât pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren (adică ce urmează să fie instalate în cadrul acestui proiect), cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă (în proiecte realizate ulterior de terți).

Prin noțiunea de „instalații interioare” la care se face referire în răspunsul entității contractante se înțelege de fapt o serie de echipamente hardware și software, calculatoare, rame de relee, echipamente de electroalimentare, rețele de cabluri interioare, echipamente de climatizare și protecție la incendiu. Răspunsul de referă la instalații de siguranța circulației (CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT,) care au un regim special și controlat în exploatare.

Entitatea contractantă solicită, prin răspunsul la clarificări, ca ofertantul ce va fi declarat câștigător să proiecteze, achiziționeze și să instaleze echipamente interioare ce acoperă nevoile actualului proiect și a tuturor dezvoltărilor ulterioare (ce vor fi implementate de alți operatori) din stațiile Govajdia, Remetea Mare, Timișoara Est, Sag, Valea Viilor.

Astfel, prin intermediul răspunsului de clarificare, entitatea contractantă solicită ca, pe lângă instalațiile interioare aferente proiectului ce face obiectul procedurii de atribuire, să fie instalate în spațiile existente rame de relee, rețele de cabluri interioare, interfețe, și alte echipamente aferente unor extensii și proiecte viitoare, ale căror detalii nu sunt cunoscute.

Toate instalațiile de semnalizare noi vor fi instalate în clădiri container noi, proiectate specific pentru acest proiect. Suplimentar, entitatea contractantă solicită indirect extensia acestor clădiri container astfel încât să poată acomoda și echipamentele noilor extensii și proiecte ulterioare ale căror detalii nu sunt și nu pot fi cunoscute în acest moment. Modificarea și extensia clădirilor container, pe lângă faptul că sunt dificil și costisitor de realizat, sunt greu de proiectat pentru situații ipotetice viitoare, cu atât mai mult cu cât, în asemenea, situații, dimensionarea întregului sistem de echipamente de interior depinde de producătorii echipamentelor, de arhitectura (proprie) fiecărui operator, de evoluția tehnologiei, etc. Or pentru aceste situații ipotetice viitoare nu este cunoscută în prezent nici măcar o perioadă de timp estimată pentru realizarea acestora.

Entitatea contractantă nu clarifică, lăsând din nou la latitudinea ofertanților să interpreteze după bunul lor plac:

- dacă aceste cheltuieli suplimentare proiectului de reabilitare au fost bugetate în mod corect și complet și, în caz afirmativ, unde sunt acestea evidențiate în mod distinct în devizele puse la dispoziție din documentația de achiziție sau e vorba de o eroare a entității ce ar urma să fie corectată prin intermediul clarificarilor la prezenta procedură de atribuire,

- detaliile tehnice în baza cărora se pot proiecta și dimensiona corespunzător instalațiile și clădirile container suplimentare cerute de răspunsul de clarificare,

- alocarea responsabilității de verificare, testare a instalațiilor interioare aferente celorlalte proiecte și cum anume aceste activități sunt realizabile, respectiv,

- limita de responsabilitate a ofertantului ce va fi declarat câștigător.

Referitor la clarificarea entității contractante de aprovizionare a Beneficiarului cu echipamente și materiale ce urmează să fie instalate în alte proiecte ce nu fac parte din procedura de atribuire:

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului aprovizionarea echipamentelor exterioare și a materialelelor necesare (în vederea asigurării compatibilității cu instalațiile ce vor fi puse în operare comercială fără lucrările de perspectivă) și predarea acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă” (s.n)

Deși pentru majoritatea echipamentelor exterioare este vorba de echipamente omologate și în anumite cazuri provenite de la producători cunoscuți de pe piață de către toți operatorii interesați de participarea la procedură, însă, sub aparenta necesitate *„asigurării compatibilității cu instalațiile ce vor fi puse în operare”*, entitatea contractantă solicită *„aprovizionarea echipamentelor exterioare și a materialelelor necesare și predarea acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă”*.

Prin această cerință nou introdusă prin răspunsul consolidat, entitatea contractantă solicită achiziționarea de către ofertantul câștigător și predarea către Beneficiar a unor echipamente ce nu fac obiectul contractului ce se află sub incidența procedurii de atribuire, echipamente și materiale urmând a fi „instalate, testate și puse în operare comercială” de către un terț, la o dată necunoscută, când vor sau pot fi realizate.

Și în acest caz, clarificările emise de către entitatea contractantă nu sunt de natură să clarifice aspecte imperios necesare pentru elaborarea unor oferte ce pornesc de la principiile de bază ale atribuirii unor

contracte de achiziții publice, elaborarea ofertelor făcându-se la latitudinea fiecărui ofertant, nerespectându-se astfel principiile de bază ale atribuirii contractelor de achiziție publică, încălcând astfel prevederile art. 2 alin. (2) și art. 62 din Legea 99/2016:

- În devizele aferente sunt incluse sumele pentru aceste echipamente suplimentare și care nu fac obiectul acestui proiect,
- Informații referitoare la asumarea responsabilității garanției echipamentelor predate având în vedere că acestea vor fi instalate și puse în exploatare de către un terț într-un orizont de timp neprecizat în documentația de atribuire,
- modul de tratare a listei de echipamente în evaluarea ofertelor în cazul în care există diferențe mari între ofertanți, cauzată mai degrabă de ambiguitatea documentației de atribuire pusă la dispoziție decât de bună credință a acestora.
- riscul eliminării / declarării ofertelor ca fiind neconforme pe motiv că nu a inclus suficiente echipamente și materiale aferente unor proiecte conexe celui curent și despre care informațiile disponibile sunt minime sau chiar inexistente,
- confirmarea / dovada că aceste cheltuieli au fost incluse în valoarea totală estimată a procedurii prevăzută în fișa de date a achiziției.

Contestatoarea face referire aici și la punctul 49 din cadrul răspunsurilor 115-116, unde entitatea contractantă clarifică numărul de unități GSM-R ce vor fi avute în vedere de către ofertanți la elaborarea ofertei, caz în care entitatea contractantă include un număr ce pare supra-estimat de echipamente suplimentare în valoare totală estimată conform fișei de date a achiziției, fără nicio referință clară la documentația de atribuire deja publicată, sau vreo dovadă că valoarea estimată a procedurii includea aceste echipamente.

O altă situație similară este cea descrisă la punctul 2 la solicitările de clarificări 110-111, prin care entitatea contractantă adaugă obligația realizării unei interfețe cu sistemul CMT implementat deja în stația Arad, obligație care nu se regăsește în documentația de atribuire publicată pentru Lotul 1 inițial.

Referitor la clarificarea entității contractante de actualizare a centralelor MSC existente și implementate de către operatori terți:

„Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16, conform TSI CCS în vigoare”, această clarificare ce conduce la o cerință suplimentară de îmbunătățire la o versiune superioară a centralelor MSC existente, presupune de fapt modificarea software-ului acestor centrale - aspect care nici măcar nu face parte din Studiului de Fezabilitate.

Această modificare de software reprezintă o cerință în totalitate nouă care nu poate fi realizată decât de către firma care a produs și implementat cele două centrale MSC.

Nici ..., și nici vreun alt operator economic nu poate interveni asupra instalațiilor/sistemelor implementate de către un operator concurent. Doar operatorul respectiv este în măsură să efectueze aceste lucrări deoarece acestea au configurațiile specifice acestuia, doar acesta cunoaște sistemul instalat și modul de intervenire/modificare a acestuia.

Mai mult, doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului și doar acesta poate interveni asupra hardware-ului instalat, aflat în perioada de garanție (ceea ce nu permite intervenții ale unor terți asupra lui).

Astfel, situația concretă denotă un puternic efect anticoncurențial constând în:

(a) forțarea operatorilor de a contracta serviciile operatorului concurent (aceștia fiind, practic, „la mână” acestuia, care are libertatea chiar să refuze cooperarea, ceea ce echivalează cu blocarea accesului în licitație).

(b) avantajarea evidentă a operatorului concurent în condițiile în care nimic nu îl ține să ofere prețuri mult mai mari pentru suport acordat competitorilor, decât prețul pe care îl va include în oferta sa în prezenta licitație.

Cele două centrale MSC existente în rețeaua feroviară au fost instalate într-un proiect anterior, puse în funcție în 2015, și reprezintă partea principală a sistemului GSM-R național. Documentația de atribuire pusă la dispoziție de entitatea contractantă nu prevede nicio informație referitoare la cele două centrale MSC, și cu atât mai puțin vreo informație referitoare la versiunile de software instalate.

Documentația economică publicată conține tabele necompletate și nu indică niciun fel de sume/costuri prevăzute sau alocate. Tabelele nici nu prevăd (chiar și fără sume/costuri alocate) lucrările aferente acestor completări/ modificări/reconfigurări sau actualizări de versiuni de software.

În concret, entitatea contractantă nu a avut în vedere costurile aferente solicitărilor noi incluse prin răspunsul consolidat.

O condiție absolut necesară (nu însă și suficientă) pentru a asigura egalitate de șanse operatorilor interesați de proiect în raport cu operatorul concurent era ca prețul pentru asigurarea serviciilor de interfațare cu sistemele anterioare să fie luat în considerare în cadrul valorii estimate.

Prin răspunsul consolidat, entitatea contractantă a suplimentat considerabil obiectul procedurii de atribuire prin adăugarea de servicii, materiale, echipamente și lucrări ce nu au fost inițial descrise în documentația de atribuire publicată, fără ajustarea valorii totale estimate prevăzută în fișa de date a achiziției.

Din clarificarea la punctul 7 Solicitățile nr. 33-34, rezultă în mod explicit că entitatea contractantă nu a avut în vedere aceste cheltuieli la stabilirea valorii totale estimate prevăzute în fișa de date a achiziției.

Astfel, la solicitarea unui operator cu privire la asigurarea fondurilor necesare pentru realizarea acestor modificări la sistemele existente, în vederea interfațării, entitatea contractantă răspunde că *„Ofertantii vor include în lista de prețuri Anexa 1 la formularul de ofertă la pct.14 Alte cheltuieli prevăzute de HG nr. 907/2016. Ofertanții pot detalia cheltuielile de la punctul 14 astfel încât, în ofertă să includă toate categoriile de cheltuieli prevăzute în Devizul general la cap. 1.3, 1.4, 2, 4, 5.1. Oferta nu va include cheltuielile de diverse și neprevăzute.”*

Entitatea contractantă se referă la „LISTA PRINCIPALELOR CATEGORII DE LUCRĂRI” pe care le-a enumerat în Anexa 1 la formularul de ofertă, ofertanții având obligația de a specifica în dreptul fiecărei categorii de lucrări valoarea în lei (fără TVA).

Conform variantei inițiale a listei principalelor categorii de lucrări, publicată în SEAP alături de celelalte formulare, nu există pct. 14 Alte cheltuieli prevăzute de HG nr. 907/2016. Acest punct a fost adăugat de entitatea contractantă odată cu răspunsul consolidat din 18.12.2020, prin republicarea listei de formulare, ca răspuns la solicitarea de clarificare a operatorului, suplinind aparent omisiunea inițială, fără însă a suplini și valoarea totală estimată prevăzută în fișa de date a achiziției.

Există o singură ipoteză în care lucrările de interfațare nu necesită o rubrică separată în lista principalelor categorii de lucrări: aceea în care operatorul concurent care a implementat aceste subsisteme în cadrul altor proiecte câștigă contractul. Este ca și când documentația de atribuire a fost concepută cu unicul scop de a i se atribui contractul acestuia.

Contestatoarea invocă faptul că modul de abordare al entităților contractate încalcă principiile anticoncurențiale și/sau de natură să avantajeze anumiți operatori.

Prin răspunsurile de clarificare contestate reies obligații noi referitoare la:

- realizarea tuturor modificărilor necesare (hardware, software, certificare, testare, demonstrare funcționalitate, etc.) pentru adaptarea instalațiilor deja implementate în proiectul anterior Curtici - Km 614 și care sunt incluse în prezentul proiect (CE, RBC, ERTMS, GMS, etc.);
- efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător;
- efectuarea conectării sistemului BSS ce urmează a fi livrat la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16.

Aceste răspunsuri reprezintă o modificare evidentă a caietului de sarcini prin adăugarea unor noi cerințe legate de modificările instalațiilor

deja implementate din alt proiect, fără a exista vreo referință la acest proiect în documentația inițială.

Pe lângă faptul că nu au fost incluse în documentația publicată inițial, toate aceste activități presupun, în primul rând, solicitarea intervenției operatorului care a produs aceste echipamente și care este concurent direct și deține drepturile și instrumentele prin care poate interveni în vederea reconfigurării și interconectării.

Astfel, orice operator interesat de participarea la procedură este obligat să negocieze pe riscul și cheltuielile sale și să ajungă la un acord cu un operator concurent pentru a-și putea asigura drepturile, asistența și accesul efectiv la sistemul realizat de acesta.

Așa cum entitatea contractantă a procedat și în cadrul altor proceduri, prezenta procedură ar fi trebuit:

i) Fie să conțină în mod exclusiv interfațarea cu subsistemele implementate în proiectele adiacente sau, fără modificarea / suplimentarea / reconfigurarea unor sisteme deja implementate sau care vor fi implementate de terți,

ii) Fie să includă sumele aferente acestor activități sume provizionate în conformitate cu prevederile Art. 49.3 din modelul de contract aferent procedurii de atribuire (Anexa 2 la HG nr. 1/2018), iar aceste sume să fi fost incluse în valoarea totală estimată a procedurii, responsabilitatea față de corectitudinea acestor sume fiind alocată Beneficiarului.

Interfațarea presupune realizarea unor sinergii între soluții tehnice diferite, posibilă doar cu contribuția proiectanților ambelor soluții, atât din considerente practice, cât și legale (drepturi de autor). Aceasta este soluția firească și naturală din toate punctele de vedere, inclusiv ale legii achizițiilor publice și legii concurenței.

Asemenea finalitate nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta ar crea din start o situație aptă de a se distorsiona concurența), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile așa cum a fost practicat în proceduri similare de însuși CFR.

Finalitatea urmărită de entitatea contractantă putea fi atinsă și în cadrul unei proceduri distincte de achiziționare a unor servicii și lucrări suplimentare din partea operatorului concurent, printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pe deplin justificată de necesitatea achiziționării de la contractantul inițial a unor cantități suplimentare de produse destinate înlocuirii parțiale sau extinderii produselor sau instalațiilor existente și numai dacă schimbarea contractantului inițial ar pune entitatea contractantă în situația de a achiziționa produse cu caracteristici tehnice diferite de cele deja existente care ar conduce la incompatibilitate sau la dificultăți tehnice

disproporționate de utilizare și întreținere (art. 117 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 99/2016).

Contestatoarea întocă totodată faptul că documentația de atribuire concepută pentru a favoriza un anumit operator economic reprezintă o gravă încălcare a legii, în acest sens contestatoarea invocând prevederile art. 62 și art. 63, art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016 precum și art. 8 din Legea concurenței nr. 21/1996,

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

Astfel, prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, entitatea contactantă a forțat într-un mod nelegal și nerezonabil operatorii economici să ceară ofertă de la un operator concurent dacă vor să participe la Procedură. Acest lucru poate fi interpretat ca o situație de nedistorsionare a concurenței numai în măsura în care la procedură nu ar participa și operatorul concurent și acesta ar fi obligat să pună la dispoziție aceeași ofertă tuturor ofertanților pentru serviciile de modificare a instalațiilor/sistemelor implementate anterior în cadrul altor proiecte.

Obligația legală a entității contractante este de a se asigura că documentația de atribuire garantează egalitatea de tratament în mod general și abstract, iar nu condiționat de participarea sau nu la licitație a unui operator. Altfel, acesta va fi favorizat sau dezavantaj în cazul în care nu i se permite participare.

Măsura de remediere impusă în acest caz este precizarea în cadrul documentației de atribuire că ofertanților li se cere exclusiv interfațarea cu subsistemele deja implementate, orice activitate (serviciu, lucrare sau echipament) care presupune modificarea / actualizarea / suplimentarea unor subsisteme deja implementate urmând să fie tratată în mod separat de către Beneficiar.

Cu privire la contestația formulată de către SCSRL, Compania Națională de Căi Ferate „C.F.R.” - S.A. a emis punctul de vedere nr.1.D/2/04.01.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 148/04.01.2021.

Entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată pentru următoarele considerente:

1. Solicitarea contestatorului privind anularea răspunsurilor entității contractante din răspunsul consolidat nr. 1D/2/ 1204/ 18.12.2020 este nefondată, întrucât la răspunsul nr.110-111, pct.4 entitatea contractantă a răspuns clar și concis, având în vedere că fiecare lot se poate contracta separat. În susținerea acestei afirmații entitatea contractantă învederează faptul că în Avizul Conform Conditionat nr. 10755/10060/09.12.2020 observatorii ANAP nu au identificat încălcări privind aspectele de calitate și regularitate față de această critică. Aceste lucrări au fost cuprinse în documentația economică și paragraful 5.3.5 din memoriul SF.

Față de critica contestatoarei conform căreia „i) realizarea tuturor modificărilor necesare (hardware, software, certificare, testare, demonstrare funcționalitate, etc.) pentru adaptarea instalațiilor deja implementate în proiectul anterior Curtici - Km 614 și care sunt incluse în prezentul proiect (CE, RBC, ERTMS, GMS, etc.), efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător”, entitatea contractantă susține că prin răspunsul la clarificare, nu a suplimentat cerințele din SF ci au fost aduse precizări pentru a veni în sprijinul ofertanților, pentru elaborarea ofertei tehnice și financiare.

Față de critica contestatoarei conform căreia “ii) efectuarea conectării sistemului BSS ce urmează a fi livrat la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS15 la FRS 8 și SRS16” entitatea contractantă precizează că, conectarea BSS la MSC-urile existente a fost solicitată pentru asigurarea funcționalității sistemului GSM-R implementat în cadrul acestei lucrări. Această cerință este impusă în documentul GSM-R Cerințe Beneficiar la “GSM-R 252 Ofertantul este responsabil cu integrarea tuturor echipamentelor în rețeaua existentă. Deoarece se presupune că Ofertantul îndeplinește complet cerința GSM-R 3 IOT orice problemă apărută în integrare este responsabilitatea exclusivă a ofertantului. (LC).”

Această cerință a fost atacată la CNSC în proiectul “Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov Simeria, componentă a coridorului Rin Dunăre, pentru circulația cu viteza maximă de 160 km/h, Secțiunea Brașov-Sighisoara, subsecțiunile 1. Brașov - Apața și 3. Cața – Sighisoara” în care CNSC a dat Decizia 437 din 28.02.2017, rămasă definitivă.

Referitor la upgradarea software-ului MSC-urilor existente, aceasta este necesară conform cerinței „GSM-R 122. În vederea satisfacerii obiectivului UIC privind interoperabilitatea rețelelor feroviare europene, rețeaua GSM-R solicitată trebuie să fie conformă cu cele mai recente versiuni aprobate ale standardelor EIRENE și MORANE (<http://gsm-r.uic.asso.fr/specifications.html>) (LC):

EIRENE FRS V8.0

EIRENE SRS VI 6.0” pentru realizarea compatibilității echipamentelor GSM-R cu prevederile TSI CCS în vigoare, în vederea asigurării certificării și punerii în funcțiune a instalațiilor nou introduse. Având în vedere că Antreprenorul este responsabil în exclusivitate cu integrarea rețelei pe care o realizează în rețeaua existentă este evident că este responsabilitatea lui ca rețeaua să fie conformă cu ultimele standarde în vigoare, standarde stabilite de UE în baza cărora EC decontează 85 % din prețul acestui proiect.

Având în vedere că această speță a fost clarificată definitiv prin Decizia 437 din 28.02.2017, sunt incidente prevederile art. 430-431 din Noul Cod de procedură civilă privind autoritatea de lucru judecat.

Față de critica contestatorului conform căreia "iii) punerea la dispoziția Beneficiarului a unor echipamente suplimentare, neincluse în documentația de atribuire, în vederea instalării de către acesta", precizăm ca, lucrările de semnalizare și centralizare ale stațiilor CF/haltelor de mișcare/posturilor de mișcare cuprinse în proiect, cu toate proiectele aflate în diferite faze de dezvoltare sunt cuprinse în mod explicit în SF, în memoriul tehnic, în planurile de situație, în schițele de semnalizare și în planurile bifilare de izolare.

Aceste echipamente sunt necesare în vederea asigurării compatibilității tehnice și funcționale între instalațiile din cadrul acestui proiect cu instalațiile ce urmează a fi introduse cu ocazia lucrărilor de perspectivă, deoarece în cazul în care proiectul de perspectivă va fi realizat de un alt furnizor decât cel care va furniza instalația pentru proiectul Timișoara - Arad, nu se va putea realiza centralizarea în instalația existentă a elementelor aferente lucrărilor de perspectivă.

Față de critica contestatorului conform căreia "iv) Pentru Lotul 1, realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect", entitatea contractantă precizează că această interfață este necesară deoarece trebuie să asigure transmiterea tuturor funcțiilor și informațiilor necesare, similare cu cele din aria proprie de responsabilitate, între cele două instalații CMT astfel încât să se asigure o monitorizare fără întrerupere a circulației trenurilor, la trecerea de pe raza unui CMT pe raza CMT-urilor vecine.

Față de criticile contestatorului privind „clarificarea entității contractante ca un Antreprenor/Contractor să realizeze „o singură versiune de software” pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, care să nu necesite modificări ulterioare, cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă”, entitatea contractantă menționează că realizarea unei singure versiuni de software este necesară deoarece CFR nu are posibilitatea verificării, validării, instalării și punerii în operare a unei alte versiuni de software suplimentare față de cea instalată în cadrul proiectului.

Realizarea unei singure versiuni de software este posibilă pe baza schițelor cu semnalizarea care se vor implementa în cadrul proiectului tehnic (inclusiv pentru lucrările de perspectivă), din care vor rezulta și limitele fizice și de responsabilitate, iar pentru a nu pune în pericol siguranța circulației, după finalizarea lucrărilor de perspectivă, în vederea punerii în operare a acestora CFR va solicita furnizorului software-ului o nouă verificare și validare.

În ce privește criticile contestatoarei privind „instalațiile interioare” entitatea contractantă apreciază că acestea sunt nefondate, ținând cont de faptul că aceste echipamente sunt necesare în vederea asigurării

compatibilității tehnice și funcționale între instalațiile din cadrul acestui proiect cu instalațiile ce urmează a fi introduse cu ocazia lucrărilor de perspectivă, deoarece în cazul în care proiectul de perspectivă va fi realizat de un alt furnizor decât cel care va furniza instalația pentru proiectul Timișoara - Arad, nu se va putea realiza centralizarea în instalația existentă a elementelor aferente lucrărilor de perspectivă. Dimensionarea numărului necesar de echipamente necesare de interior/exterior (inclusiv a dimensiunii containerelor care găzduiesc echipamentele) va fi realizată pe baza schițelor cu semnalizarea care se vor implementa în cadrul proiectului tehnic (inclusiv pentru lucrările de perspectivă), din care vor rezulta și limitele fizice și de responsabilitate, iar pentru a nu pune în pericol siguranța circulației, după finalizarea lucrărilor de perspectivă, în vederea punerii în operare a acestora CFR va solicita furnizorului software-ului o nouă verificare și validare.

În ce privește criticile contestatoarei privind *"echipamentele ce nu fac obiectul contractului"*, entitatea contractantă apreciază că acestea sunt nefondate întrucât echipamentele de exterior sunt necesare în vederea asigurării compatibilității tehnice și funcționale între instalațiile din cadrul acestui proiect cu instalațiile ce urmează a fi introduse cu ocazia lucrărilor de perspectivă, întrucât deși elementele exterioare provin „de la producători cunoscuți pe piață”, așa cum afirmă contestatorul, modul de conectare al acestora la instalațiile de interior diferă în funcție de Antreprenor (fibră optică, cablu de cupru, elemente de comandă suplimentare amplasate în cutii pe catargul semnalului, etc.). Acest aspect conduce la incompatibilitatea unor eventuale alte echipamente de exterior introduse cu ocazia lucrărilor de perspectivă cu elementele de la interior din cadrul acestui proiect, în cazul în care se conectează alte echipamente decât cele furnizate de către același Antreprenor care a furnizat și restul echipamentelor interioare.

Față de critica contestatoarei conform căreia „... având în vedere că nu sunt puse la dispoziția ofertanților detalii imperios necesare având în vedere dimensiunea, complexitatea și perioada de implementare a proiectelor viitoare, nu sunt disponibile informațiile minime de vază care să permită proiectarea și estimarea unor liste de cantități de echipamente și materiale credibile și corecte și în primul rând unitare pentru toți ofertanții. În mod evident toate aceste suplimentări de echipamente și materiale nu au fost incluse în Valoarea Totală Estimată a contactelor, și nu ar trebui să fie incluse în procedura de atribuire”, entitatea contractantă menționează că lucrările de semnalizare și centralizare ale stațiilor CF/haltelor de mișcare/posturilor de mișcare cuprinse în proiect, cu toate proiectele aflate în diferite faze de dezvoltare sunt cuprinse în mod explicit în SF, în memoriul tehnic, în planurile de situație, în schițele de semnalizare și în planurile bifilare de izolare. Estimarea volumului de echipamente de interior și exterior necesare cu ocazia lucrărilor de perspectivă poate fi evaluată din schițele

cu semnalizarea postate pe SEAP, în care sunt figurate și lucrările de perspectivă. Aceste schițe cu semnalizarea vor sta la baza realizării schițelor cu semnalizarea care se vor implementa în cadrul proiectului tehnic, respectiv a singurei versiuni de software solicitată de către Beneficiar.

Față de afirmația contestatoarei respectiv „*Facem referire aici și la Punctul 49 din cadrul Răspunsurilor 115-116, unde entitatea contractantă clarifică numărul de unități GSM-R ce vor fi avute în vedere de către ofertanți la elaborarea ofertei, caz în care entitatea contractantă include un număr ce pare supraestimat de echipamente suplimentare în Valoare Totală Estimată conform fișei de date a achiziției, fără nicio referință clară la documentația de atribuire deja publicată, sau vreo dovadă că valoarea estimată a procedurii includea aceste echipamente*”, entitatea contractantă învederează faptul că în cadrul răspunsului de clarificare nr. 49 indică cerința GSM-R 233 în care se regăsesc informațiile solicitate de către posibilul ofertant, volumul de echipamente fiind unul normal, necesar Beneficiarului pentru asigurarea operării comerciale a rețelei GSM-R pe fiecare dintre loturile supuse procedurii de achiziție publică. Această cerință a existat în toate proiectele de reabilitare având chiar valori mai mari la Proiectul 2a („Reabilitarea liniei de cale ferată Frontieră - Curtici - Simeria, parte componentă a Coridorului IV Pan — European pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h: Tronsonul 2: km 614- Gurasada, subtronsonul 2a: km 614-Cap Y Bârzava”) de exemplu, proiect pe care Thales îl execută în acest moment.

GSM-R 233 proiect actual:

GSM-R 233 Echipamentul portabil va consta din (LC):

- 30 de unități portabile de uz general (GPH). Unitățile GPH vor fi de tip Smartphone cu sistem de operare Android și GPS incorporat.
- 100 unități operaționale portabile (OPH) (normale, nu de tip „shunting”).
- 20 de unități de tip shunting cu buton mare de operare montat pe curea de umăr.

- 180 SIM-uri

- GSM-R 226 proiect 2a Echipamentul portabil va consta din (LC):

- 30 de unități portabile de uz general (GPH)
- 120 unități operaționale portabile (OPH) (normale, nu de tip „shunting”).
- 160 SIM-uri
- 5 unități portabile de tip Triorail S75 cu aplicație Triotrace sau similare.

Din simpla comparare rezultă că acuzația firmei ... este nefondată și că este practic vorba de aceleași număr de telefoane de tip GSM-R care au fost cerute și pe alte proiecte și că cerințele nu au fost modificate.

Referitor la afirmațiile contestatoarei:

"Referitor la clarificarea entității contractante de actualizare a centralelor MSC existente și implementate de către operatori terți :

„Antreprenorul are obligația conectării sistemului BSS livrat în acest proiect la cele două MSC existente deja, precum și a upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16, conform TSI CCS în vigoare ”

Această clarificare ce conduce la o cerință suplimentară de îmbunătățire la o versiune superioară a centralelor MSC existente presupune de fapt modificarea software-ului acestor centrale - aspect care nici măcar nu face parte din Studiului de Fezabilitate.

Această modificare de software reprezintă o cerință în totalitate nouă care nu poate fi realizată decât de către firma care a produs și implementat cele două centrale MSC”, entitatea contractantă face precizarea că această cerință a fost impusă de CFR după modificarea standardului de către E.R.A. la proiectul "Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov Simeria, componentă a coridorului Rin-Dunăre, pentru circulația cu viteza maximă de 160 km/h, Secțiunea Brașov-Sighisoara, subsecțiunea 2. Apața - Cața", licitație la firma Thales a participat, și cerința nu a fost contestată de nici o firmă.

Din acest motiv ea nu este o „cerință suplimentară” sau „în totalitate nouă” pentru un ofertant care a participat la licitația "Secțiunea Brașov-Sighisoara, subsecțiunea 2. Apața - Cața" și a pregătit o ofertă în consecință.

Față de criticile contestatoarei conform căroră „Nici subscrisa, și nici vreun alt operator economic nu poate interveni asupra instalațiilor/sistemelor implementate de către un operator concurent. Doar operatorul respectiv este în măsură să efectueze aceste lucrări deoarece acestea au configurațiile specifice acestuia, doar acesta cunoaște sistemul instalat și modul de intervenire/modificare a acestuia.

Mai mult, doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului și doar acesta poate interveni asupra hardware-ului instalat, aflat în perioada de garanție (ceea ce nu permite intervenții ale unor terți asupra lui).

Astfel, situația concretă denotă un puternic efect anticoncurențial constând în:

(a) forțarea operatorilor de a contracta serviciile operatorului concurent (aceștia fiind, practic, „la mâna ” acestuia, care are libertatea chiar să refuze cooperarea, ceea ce echivalează cu blocarea accesului în licitație).

(b) avantajarea evidentă a operatorului concurent în condițiile în care nimic nu îl ține să ofere prețuri mult mai mari pentru suport acordat competitorilor, decât prețul pe care îl va include în oferta sa în prezenta licitație.

Vă rugăm să aveți în vedere că cele două centrale MSC existente în rețeaua feroviară au fost instalate într-un proiect anterior, puse în funcție în 2015, și reprezintă partea principală a sistemului GSM-R național. Documentația de atribuire pusă la dispoziție de entitatea contractantă nu prevede nicio informație referitoare la cele două centrale MSC, și cu atât mai puțin vreo informație referitoare la versiunile de software instalate".

Prin adresa nr. 1.D/2/1155/11.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 31488/17.06.2021, ... SA comunică măsurile de remediere adoptate în vederea punerii în aplicare a Deciziei Civile nr. ... după cum urmează:

Urmare a celor dispuse de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr.178/02.02.2021, în vederea respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, entitatea contractantă constituie suma provizionată de 5.040.343 lei fără TVA pentru realizarea activităților necesare rescrierii software-ului aferent Centralizării electronice din stația Glogovăț. Astfel, entitatea contractantă adoptă următoarele măsuri de remediere a documentației de atribuire aferentă procedurii din referință - Lotul 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D-Arad":

I. Caietul de sarcini nr.11/1/1084/14.12.2020 se modifică după cum urmează:

❖ Capitolul 4.9 Instalații semnalizare, centralizare, bloc (SCB) se completează cu următoarele:

- Modificarea instalației CE din stația Glogovăț pentru adaptarea la noua configurație (inclusiv echipamente exterioare și testare);
- Modificare instalație ICCT Arad în concordanță cu noile configurații ale CE Glogovăț, respectiv liniile curente Glogovăț - Aradu Nou și Glogovăț - Arad;
- Modificare instalație IMTF Arad în concordanță cu noua configurație a CE Glogovăț;
- Integrare instalație BAT de la km 1+861, distanța Glogovăț - R4 Glogovăț, în instalația CE a stației Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Glogovăț - Aradu Nou, în instalația CE din stația Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Arad - Aradu Nou, în instalația CE din stația Arad;
- Modificare instalație BLAI pe distanța Arad - Glogovăț;
- Modificare instalație RBC Arad pentru realizarea HOV Arad - Aradu Nou și HOV Glogovăț - Aradu Nou (anulare tranziție ieșire actuală din nivelul 2, modificare CMI în concordanță cu noua configurație a liniilor, suplimentare număr balize actual pentru noile fire de circulație, modificare SSP și gradienti, revalidări SW, etc.);
- Conectarea rețelei radio GSM-R în BSC instalate pe alte tronsoane;

- Conectare terminale CTS în centrala instalată în Arad;
- Efectuarea de teste comune pentru verificarea HOV inter-tronsonare (triunghiul Arad — Glogovăț - Aradu Nou)."

❖ În Subcapitolul 7.7.2 Evaluare și Indicatori de performanță componența valorii estimate se corectează după cum urmează:

Indicatori maximali:

Valoarea estimată a contractului de Proiectare și Execuție a lucrărilor aferente Lot 2: "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D - Arad" ca fiind 2.471.694.414.19 lei, fără TVA, din care:

- Valoarea estimată pentru serviciile de Proiectare este de 72.155.789,95 lei, fără TVA
- Valoare estimată pentru execuția lucrărilor este de 2.215.057.597,74 lei fără TVA, (exclusiv Publicitate aferentă lucrărilor)
- Rescrierea software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț suma provizionată 5.040.343 lei fără TVA;
- Publicitate aferentă lucrărilor, suma provizionată 129.529,50 lei, fără TVA
- Rezerve de implementare, suma provizionată 179.311.154 lei, fără TVA.

II. Componența valorii estimate pentru Lotul 2: "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D - Arad" se modifică conform celor de mai sus în toate documentele procedurii de atribuire.

III. Se atașează prezentei formularele revizuite conform modificărilor de mai sus.

IV. În conformitate cu prevederile art.62 din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, entitatea contractantă a luat decizia decalării termenului limită de depunere a ofertelor până la data de 26.07.2021, în acest sens fiind publicată în cadrul anunțului de participare erata de decalare.

Prin adresele nr. ..., Consiliul a pus în discuția părților excepția rămânerii fără obiect a contestațiilor și a solicitat SC ... SRL punct de vedere cu privire la măsurile de remediere ale documentației de atribuire adoptate de către entitatea contractantă ca urmare a Decizia Civilă nr. 178/02.02.2021 pronunțată de către Curtea de Aple București.

Prin adresa nr. 2554/28.06.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 33283/28.06.2021, SC ... SRL răspunde solicitării Consiliului, precizând următoarele:

Măsurile de remediere nu conțin nicio mențiune referitoare la anularea, revocarea sau modificarea vreuneia dintre secțiunile criticate de contestatoare din răspunsul consolidat de clarificare din 18.12.2020 și nici nu conțin măsuri care să contrazică efectele respectivelor secțiuni și a obligațiilor rezultate din acestea ca fiind impuse ofertanților, astfel

încât să poată fi pusă în discuție, măcar formal, ipoteza modificării implicite.

De exemplu, în ceea ce privește rescrierea software-ului din stația Glogovăț clarificările din 18.12.2020 prevăd responsabilitatea realizării acestei activități de către ofertanți (fapt contestat de Subscrisa), iar măsurile de remediere publicate în 15.06.2021 nu fac decât să indice suma provizionată de CFR în acest sens (fără a conține vreo precizare/modificare referitoare la responsabilitatea realizării activității).

Aceeași este situația și în cazul celorlalte modificări aduse caietului de sarcini prin măsurile de remediere, fiind păstrat același efect anticoncurențial criticat. CFR nu a făcut altceva decât să reitereze parțial cerințele nelegale existente și în clarificarea din 18.12.2020 și, eventual, să le potențeze caracterul de nelegalitate prin introducerea unor obligații suplimentare care nu pot fi realizate decât cu implicarea operatorului concurent care a implementat sistemele/echipamentele a căror modificare este acum solicitată.

Ca atare, excepția lipsei de obiect este vădit neîntemeiată din următoarele motive concrete:

- adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 publicată în SEAP nu conține nicio mențiune/precizare cu privire la anularea, modificarea sau înlocuirea vreunei secțiuni din răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020, cele două acte administrative coexistând;

Obiectul contestației îl privește răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020, act de sine-stătător care, în lipsa revocării sau anulării, produce efecte juridice.

Este irelevantă verificarea unei anumite suprapuneri de obiect între măsurile de remediere și clarificarea din 18.12.2020 deoarece, pe de o parte, nimic nu împiedică ca două acte administrative să aibă total sau parțial același obiect, iar pe de altă parte, nu există vreo contradicție între cele două astfel încât să se pună în discuție modificarea implicită a celui inițial.

Astfel, în lipsa anulării sau revocării secțiunilor contestate din clarificarea din 18.12.2020 contestația are obiect valabil.

- preținsele măsuri de remediere nici nu sunt în sensul celor solicitate prin contestația din 28.12.2020, ci, dimpotrivă, contrare; mai mult, acestea nu privesc toate motivele contestației.

În concret, prin contestația formulată s-a criticat:

1. faptul că CFR a publicat clarificări care, în loc să reflecte ce a indicat în punctul de vedere transmis CNSC cu privire la contestația ce a făcut obiectul dosarului nr..., indică că nu există nicio obligație din partea CFR de a asigura rescrierea software-ului din stația Glogovăț sau de a asigura concursul operatorului concurent.

Or, măsurile de remediere păstrează exact aceeași abordare, din interpretarea lor rezultând aceeași finalitate nelegală (sanționată și de

CAB) și anume de a arunca responsabilitatea rescrierii software-ului exclusiv în sarcina ofertanților.

2. faptul completării documentației de atribuire cu și mai multe lucrări de modificare a unor instalații/sisteme implementate anterior de operatorul concurent;

Nu este luată nicio măsură de remediere cu privire la critica completării documentației de atribuire.

Pe de altă parte, măsurile de remediere preiau o parte (nu toate) din aceleași cerințe prevăzute și în răspunsul consolidat publicat în SEAP la data de 18.12.2020 (eventual cu unele reformulări), dar și introduc cerințe noi care vin în completarea Capitolului 4.9. Instalații semnalizare, centralizare, bloc (SCB) din caietul de sarcini. Toate acestea se pot executa doar de către același operator concurent care a implementat în trecut instalațiile/sistemele (fapt criticat ca fiind anticoncurențial).

În sensul că doar o parte dintre cerințele prevăzute în răspunsul consolidat publicat în SEAP la data de 18.12.2020 sunt preluate prin măsurile de remediere, contestatoarea arată că măsurile de remediere nu cuprind nicio mențiune cu privire la efectuarea upgradării centralelor MSC, deși efectuarea upgradării centralelor MSC existente de la FRS 7 și SRS 15 la FRS 8 și SRS 16 este prevăzută de clarificările din 18.12.2020.

3. impunerea unor cerințe pentru care documentația de atribuire nu cuprinde suficiente date (de exemplu, se solicită achiziționarea de echipamente suplimentare noi care vor fi implementate în proiecte de perspectivă însă nu există date despre acestea în documentația de atribuire astfel încât să se poată face proiectarea și evaluarea cantităților de echipamente, de materiale și de lucrări);

Măsurile de remediere nu prevăd nicio mențiune/modificare în acest sens și nici nu prevăd că secțiunea relevantă din clarificările din 18.12.2020 ar fi anulată, revocată sau modificată.

4. publicarea unei documentații economice neclare și incomplete (care conține tabele necompletate, care nu indică niciun fel de sume/costuri prevăzute sau alocate, fiind exclusiv o schiță); de altfel, tabelele publicate nici nu prevăd (chiar și fără sume/costuri alocate) lucrările aferente acestor modificări/reconfigurări;

Măsurile de remediere nu prevăd nicio mențiune/modificare în acest sens și nici nu prevăd că secțiunea relevantă din clarificările din 18.12.2020 ar fi anulată, revocată sau modificată.

5. faptul că CFR nu a avut în vedere costurile pe care le presupune asigurarea upgradării și interfațării sistemelor anterioare cu cele noi, sens în care valoarea estimată a licitației nu este fundamentată;

Iarăși, măsurile de remediere nu prevăd nicio mențiune/modificare în acest sens. Pretinsa provizionare a sumei alocate pentru rescrierea software-ului din stația Glogovăț privește, în orice caz, doar această activitate, nu și celelalte criticate prin contestație.

Sub nicio formă, pretinsele măsuri de remediere nu rezolvă problema efectului anticoncurențial și nici nu asigură corectarea celorlalte vicii de legalitate arătate prin contestația formulată.

Astfel, nici din acest punct de vedere nu există situația rămânerii fără obiect a contestației, ci dimpotrivă, a emiterii unor măsuri de remediere care întrețin caracterul nelegal al documentației de atribuire și al clarificărilor din 18.12.2020.

Drept pentru care, la rândul lor, măsurile de remediere au fost contestate în integralitate prin contestația din data de 25.06.2021 pentru care a fost constituit dosarul nr. ... pe rolul completului C4 CNSC.

- măsurile de remediere nu au fost luate cu privire la contestația ce formează obiectul prezentului dosar, ci cu privire la punerea în aplicare a Deciziei CAB nr. 178/2021

Nu există identitate de obiect între obligațiile impuse CFR de către Curtea de Apel București prin Decizia CAB (care privesc reflectarea în documentația de atribuire a obligației de rescriere a software-ului din stația Glogovăț) și motivele contestației ce formează obiectul prezentului dosar (aceasta având ca obiect completarea documentației de atribuire cu multiple alte cerințe de interoperabilitate zonală pe lângă rescrierea software-ului din stația Glogovăț).

Prin nerezolvarea elementelor anticoncurențiale identificare în licitație, măsurile de remediere determină o încălcare evidentă a obligațiilor impuse CFR de Curtea de Apel prin Decizia CAB.

În ceea ce privește rescrierea software-ului din stația Glogovăț, CFR doar a precizat o sumă provizionată, deși instanța a arătat că simpla indicare a unei sume de bani aferente acestei activități este insuficientă în ceea ce privește eliminarea efectului anticoncurențial, iar impedimentului apărut prin favorizarea operatorului care a instalat în trecut sistemul de centralizare electronică din stația Glogovăț persistă.

Prin aceeași Decizie CAB s-a dispus în mod ferm obligarea CFR la includerea în cadrul documentației de atribuire *"a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe"*.

Or, în concret, CFR, prin pretinsa punere în aplicare a Deciziei CAB, a omis din nou să indice:

- a. condițiile de efectuare a acestor lucrări atât din perspectivă tehnică, cât și contractuală;
- b. condițiile de efectuare a acestor lucrări astfel în cât să nu fie afectate principiile achizițiilor publice;
- c. condițiile de efectuare a acestor lucrări astfel încât să nu fie avantajat operatorul care a instalat echipamentele în trecut.

Faptul că CFR a indicat valoarea lucrărilor de rescriere a software-ului din stația Glogovăț nu îi creează, oricum, lui Alstom vreo obligație de a accepta colaborarea cu competitorii săi.

Iar soluția CFR reflectată atât prin clarificările din 18.12.2020 cât și prin măsurile de remediere conduce la negocierea directă a ofertelor între ofertanți care, ca atare, sunt ținuti ca în elaborarea ofertei să apeleze la implicarea competitorului lor (Alstom), situație care este interzisă de legislația achizițiilor publice și aptă *per se* de a distorsiona concurența. De altfel, este și interzis ca un ofertant să acționeze în cadrul aceleiași licitații și ca subcontractant pentru alți ofertanți.

Legea nu permite negocieri directe între ofertanți în vederea elaborării ofertelor, astfel că interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile.

- pentru a reține lipsa de obiect a contestației, CNSC ar trebui să constate că secțiunile contestate din clarificările din 18.12.2020 nu mai produc efectele criticate prin contestație – ceea ce este imposibil.

Eventuala soluție de admitere a excepției lipsei de obiect ar trebui să se fundamenteze pe considerentul că secțiunile contestate din clarificările din 18.12.2020 nu mai există și nu mai produc efecte juridice (în sensul că nu mai impun obligații pentru ofertanți).

Față de toate elementele arătate mai sus, un asemenea considerent este imposibil de constatat în condițiile în care CFR nu a publicat vreun document din care să reiasă anularea/revocarea respectivelor secțiuni și nici vreun document care să răspundă criticilor contestatoarei.

Cum contestația privește anularea actului administrativ care naște obligațiile considerate nelegale și anticoncurențiale, aceasta are un obiect valabil tinzând la anularea actului vizat de către CNSC.

Doar anularea adresei CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu este în măsură să înlăture toate elementele de nelegalitate, persistând în continuare cele existente în răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020.

Astfel, adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 privind adoptarea măsurilor de remediere cât și secțiunile din răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020 vizate de contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2953/C4/2020 sunt nelegale și contrare Deciziei nr. 178/2021 pronunțată de Curtea de Apel București.

Prin adresa nr. 32504/2953, 2954/C4/23.06.2021, Consiliul a pus în discuția părților excepția rămânerii fără obiect a contestației și a solicitat SC ... SRL punct de vedere cu privire la măsurile de remediere ale documentației de atribuire adoptate de către entitatea contractantă

ca urmare a Deciziei Civile nr. 178/02.02.2021, pronunțată de către Curtea de Apel București.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 33370/29.06.2021, SC ... SRL formulează răspuns, în care menționează că clarificarea generală remediază parțial documentația de atribuire aferentă lotului 2 din cadrul procedurii de atribuire, în timp ce criticile formulate prin contestație se referă atât la documentația de atribuire aferentă lotului 1, cât și la documentația de atribuire aferentă lot 2. În plus, clarificarea generală nu remediază criticile menționate în contestație, contestația având în continuare obiect, iar excepția invocată de entitatea contractantă nefiind aplicabilă.

1. Referitor la upgradarea unor subsisteme (instalații) deja implementate în alte proiecte - Centralizare Electronică, Radio Block Centre, CMT, GSM-R, contestatoarea învederează că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la upgradarea unor sisteme (instalații) deja implementate în alte proiecte, astfel:

a. Pentru Centralizarea Electronică:

- Finanțarea, prin alocarea unei sume provizionate pentru „Rescrierea Software-ului instalației de centralizare electronice din Stația Glogovăț”

Fără să detalieze, însă:

- modul de tratare și de finanțare a componentei hardware (echipamentele propriu-zise necesare modificării instalației existente prin mărirea capacității acesteia, pentru a putea comanda și controla elementele de semnalizări feroviare nou introduse în stația Glogovăț), ceea ce conduce în continuare la neîndeplinirea, de către entitatea contractantă, a obligațiilor ce îi revin potrivit art. 62 și art. 63 din Legea nr. 99/2016,

- Pentru Radio Block Centre, CMT și GSM-R nu au fost detaliate modul de tratare și de finanțare a componentelor hardware și software pentru instalația Radio Block Centre, CMT și GSM-R, ceea ce conduce în continuare la neîndeplinirea, de către entitatea contractantă, a obligațiilor ce îi revin potrivit art. 62 și art. 63 din Legea nr. 99/2016. Mai mult, aceste activități nu au fost incluse în bugetul estimat conform fișei de date a achiziției, fiind introduse ulterior de către entitatea contractantă, așa cum a fost demonstrat prin contestație și concluziile scrise.

2. Referitor la upgradarea echipamentelor GSM-R din București și Ploiești (implementate în cadrul Proiectului Pilot)

Clarificarea Generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la activitățile de upgradare a MSC-urilor, realizarea acestora nefiind inclusă în bugetul estimat conform fișei de date a achiziției, fiind

introduse ulterior de către entitatea contractantă, așa cum a fost demonstrat prin contestație și concluziile scrise.

De asemenea, în ipoteza în care entitatea contractantă reușește să demonstreze că a fost alocat bugetul necesar pentru aceste activități, cele precizate în contestație și concluziile scrise rămân în continuare neclarificate:

a. unde mai exact în documentația de atribuire au fost incluse sumele aferente acestor activități de upgradare,

b. în cadrul cărui lot, lot 1 sau lot 2 din cadrul procedurii, sunt incluse aceste activități. Dacă sunt incluse în ambele loturi, cum se asigură entitatea contractantă că vor exista sinergii între activitățile ce ar fi trebuit prevăzute de fiecare dintre cei doi antreprenori și că va rezulta un sistem funcțional,

c. cum este distribuită upgradarea aceluiași două echipamente MSC din București și Ploiești, din punct de vedere al bugetului și responsabilității, între cele patru contracte în care a fost identificată, conform argumentației entității, această cerință: lot 1 din cadrul procedurii, Lot 2 din cadrul procedurii, Brașov-Sighișoara 1,3, respectiv Brașov-Sighișoara 2,

d. ce se va întâmpla cu upgradarea aceluiași echipamente MSC ce va fi implementată în cadrul Proiectelor Sighișoara - Brașov 1,3, respectiv Sighișoara - Brașov 2,

e. care a fost, în mod concret, estimat bugetul de către entitate contractantă pentru acest upgrade,

f. care sunt măsurile luate de entitatea contractantă pentru a evita o poziție dominantă a producătorului sistemelor livrate în proiectele anterioare, și

g. în cazul în care va fi necesară actualizarea hardware și software a echipamentelor MSC, dar și BSC și BTS instalate, ca urmare a acestei upgradări, cum se va distribui această responsabilitate, de înlocuire a două MSC-uri și/sau a echipamentelor BSC și BTS conectate în cadrul celor patru contracte. Cine va avea responsabilitatea absolută a integrării, având în vedere că fiecare dintre antreprenorii celor patru contracte vor avea responsabilitatea integrării.

3. Referitor la o serie de echipamente suplimentare care ar urma să fie livrate în vederea instalării în cadrul unor proiecte viitoare

Contestatoarea învederează că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la achiziția unor echipamente suplimentare care ar urma să fie livrate în vederea instalării în cadrul unor proiecte viitoare.

În ipoteza în care entitatea contractantă reușește totuși să demonstreze că a fost alocat bugetul necesar pentru aceste activități, rămân în continuare neclarificate:

- modul în care entitatea contractantă elimină situația certă în care este imposibilă achiziția unor echipamente impuse suplimentar prin răspunsurile de clarificare, având în vedere că:

a. Calculul și dimensionarea rețelelor de cabluri, echipamentelor exterioare, cât și amplasarea acestora fac obiectul proiectelor de perspectivă (ce vor fi elaborate dezvoltate ulterior, la o dată necunoscută, de către operatori terți), proiecte ce în mod obligatoriu vor face obiectul unor aprobări ale Beneficiarului Final (Compania Națională de Căi Ferate „C.F.R.” S.A),

b. Achiziția materialelor și echipamentelor care vor fi predate către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă nu poate fi făcută decât dacă acestea sunt agreeate în conformitate cu OMT 290/2000, așa cum este precizat și în caietul de sarcini, și sunt conforme unui proiect aprobat. Fiind proiecte de perspectivă, evident că lucrările din cadrul proiectului Timișoara - Arad pot fi afectate de aceste aprobări care, în contextul contractelor ce fac obiectul procedurii de atribuire, pot fi considerate discreționare și în afara controlului ofertanților / antreprenorului, entitatea contractantă fiind cea care poate decide în mod total netransparent și discreționar dacă echipamentele sunt sau nu complete, suficiente și conforme, fiind vorba de aprobarea unor proiecte în afara contractului, la o dată ulterioară necunoscută.

c. Conform legislației în vigoare, prin „agrementarea” instalațiilor CE, echipamentelor și materialelor introduse în operă în cadrul unui proiect se înțelege că acestea sunt conforme unor caiete de sarcini și sunt compatibile pentru integrarea lor într-o instalație de semnalizare încadrată în clasa IA de risc și care concurează la siguranța circulației, potrivit OMT 290/2000.

d. Fiecare echipament este agreeat separat și trebuie să fie conform unor cerințe emise de direcțiile de specialitate din cadrul organizației entității contractante, cerințe care ar trebui să fie impuse tuturor producătorilor în mod egal în ceea ce privește standardele, parametrii și condițiile de funcționare, astfel încât să fie compatibile și să funcționeze în cadrul unei instalații de semnalizare, independent de furnizorul acesteia,

- De ce aceste echipamente și materiale nu au putut fi prevăzute în proiectele de perspectivă menționate, și care se află deja „în diferite faze de implementare”. Entitatea contractantă a omis includerea unor echipamente atât de esențiale funcționării în cadrul unor contracte care se află deja în „diferite faze de implementare”;

- Având în vedere că proiectele menționate se află deja „în diferite faze de implementare”, de ce entitatea nu a pus la dispoziție tuturor operatorilor interesați detaliile acestor proiecte, astfel încât să

respecte principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv tratamentul egal, transparența și echilibrul;

- Modul de limitare a răspunderii antreprenorilor, având în vedere că materialele și echipamentele vor fi puse în operă în cadrul unor contracte diferite.

4. Referitor la realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect, clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect.

De asemenea, realizarea acestor interfețe nu a fost inclusă în bugetul estimat conform fișei de date a achiziției, fiind introduse ulterior de către entitatea contractantă.

5. Referitor la realizarea unei singure versiuni de software, clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație cu privire la solicitarea de realizare a unei singure versiuni de software.

Astfel, în condițiile în care în aparență este de acord cu argumentația adusă prin contestație, entitatea contractantă insistă în expunerea unor argumente ilogice și sterile.

6. Referitor la numărul de unități GSM-R - Cerința GSM-R 233, clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație cu privire la numărul de unități GSM-R din Cerința GSM-R 233.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 33020/25.06.2021, SC SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică măsurile de remediere a documentației de atribuire adoptate de către entitatea contractantă prin adresa nr. 1.D/2/1155/11.06.2021.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea menționează că măsurile de remediere contestate încalcă Decizia CAB pronunțată în dosarul nr. 6941/2/2020 și întreține același efect anticoncurențial apreciat ca fiind nelegal de Curtea de Apel București;

Autoritatea contractantă nu a respectat obligațiile concrete impuse de Curtea de Apel București.

Remediul propus de CFR (constând în provizionarea unei sume de bani pentru lucrările de rescriere a software-ului) a fost deja stabilit de Curtea de Apel ca fiind insuficient.

Provizionarea unei sume de bani nu îi creează, oricum, nicio obligație operatorului care a instalat software-ul în trecut de a colabora cu competitorii săi.

Rezolvarea imaginată de CFR determină încălcarea legii în condițiile în care ofertanții sunt forțați să negocieze oferta pe care urmează să o depună în licitație chiar cu concurentul lor direct (ceea ce

creează din start premisele distorsionării concurenței), acesta din urmă ajungând, de altfel, ca în același timp să fie și ofertant și subcontractant al celorlalți ofertanți.

Măsurile de remediere contestate nu doar că nu țin cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial din stația Glogovăț (obligație prevăzută și prin Decizia CAB), ci chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate anterior de același operator concurent.

Efectul de captivitate („lock-in effect”) pe care îl poate avea achiziționarea unor sisteme ale unui operator într-un proiect etapizat, care poate fi dezvoltat secvențial, putea fi și trebuia gestionat altfel de CFR, prin asigurarea punctului de legătură între operatorii cu interese concurente (cum de altfel a și făcut-o în proceduri anterioare).

După cum a procedat și în alte proceduri, pentru asigurarea aceleiași finalități dar cu un risc de distorsionare a concurenței infinit mai mic, CFR ar fi trebuit, astfel, să pretindă ca ofertantul câștigător din prezenta procedură să asigure interfațarea sistemului din proiectul nou cu sistemul existent în proiectele învecinate.

În același timp, colaborând cu operatorul care a implementat proiectul anterior, CFR trebuia să asigure reconfigurarea / adaptarea / upgradarea sistemului vechi și interfațarea acestuia în vederea interconectării cu cel nou.

Legea nu permite negocieri directe între ofertanți în vederea elaborării ofertelor, astfel că interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile.

Înlăturarea efectului anticoncurențial presupune în cazul de față: (i) eliminarea oricăror cerințe prin care entitatea contractantă solicită ofertanților să efectueze modificări în sistemele software și hardware pentru care CFR nu deține drepturi de proprietate intelectuală și (ii) precizarea la nivelul documentației de atribuire că ofertanților li se va cere doar asigurarea interfațării sistemelor din noul proiect cu cele din proiectul vecin.

Totodată, se arată faptul că pe rolul completului C4 CNSC se află și dosarul nr. ... având ca obiect soluționarea contestației cu privire la răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020 pentru clarificarea și completarea aceleiași documentații de atribuire, care, la rândul său, este viciat de aceleași aspecte de nelegalitate și vădit contrar celor pronunțate de Curtea de Apel prin Decizia 178/2021 pronunțată în dosarul nr. 6941/2/2020.

Sub acest aspect, contestatoarea apreciază că cererea sa din 28.12.2020 nu rămâne fără obiect, în condițiile în care măsurile de

remediere dispuse prin adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu au răspuns criticilor și motivelor de contestare; în realitate, nu doar că nu au fost modificate cerințele în sensul pretins de contestatoare, dar măsurile de remediere aduc unele reformulări care accentuează efectul anticoncurențial criticat (în plus, sunt cerute pentru prima dată și modificări hardware care potențează acest efect);

- nu există nici măcar o identitate și o suprapunere perfectă între cele două acte emise CFR (de exemplu, în ceea ce privește cerințele privind activitățile MSC criticate pe larg în contestația din 28.12.2020, adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu conține niciun fel de pretinsă măsură de remediere);

- adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu conține nicio precizare cu privire la anularea, modificarea sau înlocuirea vreunei secțiuni din răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020;

- răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020 este un act de sine-stătător care, în lipsa revocării sau anulării, produce efecte;

- doar anularea adresei CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu este în măsură să înlăture toate elementele de nelegalitate, persistând în continuare cele existente în răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020.

Contestatoarea arată că a contestat documentația de atribuire prin contestația ce a format obiectul dosarului CNSC nr. 2390/C4/2020, susținând că includerea în obiectul activităților solicitate a ramificației de cale ferată Aradu Nou – Glogovăț determină favorizarea operatorului economic care a implementat instalația de centralizare electronică (CE) din stația Glogovăț în cadrul proiectului anterior Curtici - Km 614.

Prin punctul de vedere CFR nr. 1.D/2/948/03.11.2020 comunicat în cadrul dosarului de soluționare a contestației, entitatea contractantă a indicat că "instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o".

CNSC a soluționat contestația prin Decizia nr. ..., 2391 din 13.11.2020, respingând ca nefondate criticile contestatoarei. Decizia CNSC a fost atacată, însă, cu plângere la Curtea de Apel București, fiind constituit dosarul nr. 6941/2/2020.

Prin Decizia Civilă nr. 178/2021 pronunțată în data de 02.02.2021 în cadrul acestui dosar Curtea de Apel București a admis plângerea și a dispus obligarea CFR la includerea în cadrul documentației de atribuire "a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe" ("Decizia CAB").

În vederea punerii în aplicare a Deciziei CAB, CFR a emis și publicat în SEAP adresa nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 referitoare la măsurile de

remediere a documentației de atribuire ("Măsurile de Remediere Contestate") prin care:

a) a indicat cât din valoarea estimată a procedurii este alocat (provizionat) pentru realizarea activităților necesare rescrierii software-ului din stația Glogovăț, însă nu a precizat condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului astfel cum era impus prin Decizia CAB;

b) a completat caietul de sarcini cu activitatea de modificare a instalației CE din stația Glogovăț (fără să indice, însă, cum va fi realizată aceasta);

c) a completat caietul de sarcini cu activități noi de integrare, modificare sau conectare a instalațiilor ICCT Arad, IMTF Arad, BLAI, RBC Arad, BAT, a rețelei radio GSM-R și a terminalelor CTS, astfel încât acestea să fie în concordanță cu noua configurație a instalației CE din stația Glogovăț, precum și cu activități de testare comună pentru verificarea HOV inter-tronsonare (însă nu a arătat modalitatea în care aceste activități urmează a fi realizate fără încălcarea legislației și principiilor achizițiilor publice).

Măsurile de remediere contestate încalcă Decizia CAB și nu rezolvă problema efectului anticoncurențial confirmat de Curtea de Apel ca existând în licitație. Dimpotrivă, prin măsurile de remediere contestate, CFR întreține același caracter nelegal, forțând ofertanții să apeleze la concursul concurentului lor care a implementat în trecut instalațiile și sistemele a căror modificare este cerută prin acest proiect, ceea ce reprezintă un obstacol evident în elaborarea ofertelor și participarea în licitație.

Mai mult, efectul anticoncurențial este multiplicat prin adăugarea unor noi activități care pot fi realizate, de asemenea, doar cu concursul operatorului care a instalat în trecut instalațiile și sistemele respective.

Prin plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr... din 13.11.2020, contestatoarea a susținut, în esență, că, față de precizările CFR din punctul de vedere formulat în dosarul CNSC nr. ..., sunt create premisele adoptării unei măsuri de remediere adecvate, constând în indicarea explicită a obligațiilor care îi incumbă ofertantului în ceea ce privește lucrările interoperabilității cu asigurarea unui cadru concurențial neafectat și, evident, prin înlăturarea efectului anticoncurențial determinat de existența efectului de captivitate (lock-in effect) identificat în cadrul acestei licitații.

Contestatoarea susține că a arătat faptul că este necesar să se stabilească limitele obligației ofertantului de a asigura interoperabilitatea zonală, în sensul că aceasta nu include intervenția asupra instalațiilor și echipamentelor instalate anterior de un alt operator în stația Glogovăț și asupra cărora nu se poate interveni fără concursul operatorului respectiv, cu atât mai mult cu cât CFR a clarificat că nu deține drepturile

de proprietate intelectuală asupra software-urilor instalațiilor și echipamentelor.

Interoperabilitatea poate fi asigurată dacă, pe de o parte, ofertantul câștigător asigură interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent în stația Glogovăț, dar în același timp entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului din stația Glogovăț și interfațarea sistemului anterior implementat în această stație cu sistemul nou din proiect. Doar în felul acesta ofertanților nu le este impusă obligația de a obține ofertă de la operatorul care a implementat instalația din stația Glogovăț cu care va concura în mod direct în licitație – acesta reprezentând un efect anticoncurențial care trebuie înlăturat din procedură.

Curtea de Apel a reținut că CFR *"a făcut o serie de precizări/clarificări privind documentația de atribuire și activitățile tehnice ce se impun a fi efectuate în stația Glogovăț, precizând următoarele:*

- *Cerințele privind asigurarea interoperabilității sistemelor sunt aplicabile proiectelor de reabilitate 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.*

- *Cu privire la lucrările de instalații de semnalizare și centralizare (SCB) cuprinse în proiectul de modernizare a tronsonului feroviar Timișoara – Arad, a precizat că „Instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o”.*

- *Pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea soft-ului din stațiile de capete deoarece configurațiile acestora se schimbă prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect care au nevoie de a fi adăugate și configurate în softul instalației CE.*

- *Lucrarea în discuție, de rescriere a softului, trebuie efectuată de orice ofertant, fiind necesară și vitală pentru buna funcționare și interoperabilitatea celor două tronsoane.*

- *Toate softurile din stațiile de capete de tronson se modifică pentru realizarea interconectării celor două tronsoane. Acest fapt implică acorduri economice și tehnice între constructori, fără implicarea autorității contractante.”*

Curtea a notat în mod expres aceste apărări deoarece rezultă preocuparea CFR de a arunca în sarcina ofertanților problematica rezolvării efectului de captivitate (lock-in effect) și a efectului anticoncurențial inerent existent în cazul lucrărilor de modificare a sistemelor instalate în trecut de Alstom.

Soluția propusă de CFR este reprezentată chiar de negocierea directă între ofertanți cu avantajarea evidentă a operatorului care a

realizat în trecut instalația de CE din stația Glogovăț (operator ce va participa ca ofertant în cadrul licitației) și crearea unui obstacol nejustificat pentru ceilalți ofertanți care pentru a își elabora oferta și a putea participa în licitația vor fi nevoiți să apeleze la respectivul concurent.

Soluția nu poate fi aceasta deoarece negocierea directă între ofertanți creează din start premisele distorsionării concurenței. De altfel, finalitatea imaginată de CFR încalcă Legea nr. 99/2016, determinând situația în care operatorul în discuție va acționa în licitație atât ca ofertant, cât și ca subcontractant pentru toți ceilalți ofertanți.

Prin considerentul 5.3.2.5. Curtea a reținut caracterul incomplet și neclar al documentației de atribuire, cu încălcarea art. 164 din Legea achizițiilor sectoriale.

Prin considerentul 5.3.2.6. Curtea a reținut că inclusiv CFR recunoaște și afirmă că pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea software-ului prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect și confirmă că în sunt necesare acorduri economice și tehnice cu operatorul care a implementat software-ul în proiectul anterior.

Prin același considerent Curtea notează că: *“documentația de atribuire nu conține nicio mențiune privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț astfel încât să se realizeze scopul tehnic dar și respectarea prevederilor legale care impun înlăturarea oricărui element anticoncurențial.*

Simplele afirmații ale entității contractante în sensul că „nu este avantajat un operator economic anume, pentru ca indiferent de operatorul economic care va implementa prezentul proiect, se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat software-ul actual în stația glogovăț, deoarece suma alocată pentru rescrierea acestui software este aceeași pentru toți ofertanții și a fost inclusă în valoarea estimată pentru investiția de bază”, nu sunt în măsura să clarifice aspectele menționate, nu dovedesc faptul că nu este avantajat operatorul concurent care a implementat anterior instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț și nici nu fac dovada respectării tratamentului egal”.

Curtea evidențiază în cuprinsul aceluiași considerent și necesitatea ca CFR să *“indice/precizeze concret soluția tehnică de interconectare a software-urilor, aferentă funcționării instalației de centralizare electronică, afirmația că aceste operațiuni revin ofertanților, fără să stabilească în concret cum se va realiza din perspectiva realizării contractului și a respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe consacrate de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, fiind incompletă și lipsită de claritate”.*

În continuare, Curtea de Apel precizează condițiile de legalitate pe care CFR trebuie să le aibă în vedere în remedierea neregulilor consemnate în licitație și în rezolvarea efectului de captivitate identificat.

Prin considerentul 5.3.2.7. Curtea reține, în acest sens, că *"prin intermediul achizițiilor publice/sectoriale, autoritățile contractante intervin pe piață, dar aceasta nu trebuie să afecteze concurența loială și nedistorsionată între operatorii economici participanți la procedurile de achiziție publică/sectorială"* și insistă asupra principiul egalității de tratament care *"presupune ca pe tot parcursul procedurii de atribuire autoritatea contractantă să stabilească și să aplice reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, garantându-le șanse egale de atribuire a contractului."*

Identitatea cerințelor nu poate fi asigurată dacă cerințele privesc modificarea unui software care a fost instalat în trecut de unul dintre potențialii ofertanți. Modificarea software-ului respectiv nu poate fi asigurată de cât de cel care l-a proiectat și instalat.

Curtea arată, de asemenea, că efectul principiului egalității de tratament constă și în *"garantarea concurenței reale între operatorii economici participanți la o procedură de achiziție publică"*. Or, concurența nu poate fi reală în condițiile în care ofertanții sunt invitați să ceară ofertă de la ofertantul cu care entitatea contractantă a avut în trecut o relație contractuală.

Curtea de Apel București a concluzionat că, în realitate prin cerințele documentației criticate CFR solicită și veritabile activități de dezvoltare/modificare software, sens în care a reținut relevanța Hotărârii pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza C-796/18 Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) GmbH potrivit căreia:

"73 Or, ISE consideră că, în practică, contractele de adaptare, de întreținere și de dezvoltare a software-ului de bază sunt rezervate exclusiv editorului acestui software, în măsura în care dezvoltarea sa necesită să se dispună nu numai de codul sursă al respectivului software, ci și de alte cunoștințe privind dezvoltarea respectivului cod sursă.

74 În această privință, trebuie subliniat că, atunci când o autoritate contractantă intenționează să organizeze o procedură de atribuire a unor contracte de achiziții publice în vederea asigurării întreținerii, a adaptării sau a dezvoltării unui software dobândit de la un operator economic, aceasta trebuie să asigure comunicarea unor informații suficiente candidaților și ofertanților potențiali pentru a permite dezvoltarea unei concurențe efective pe piața derivată a întreținerii, a adaptării sau a dezvoltării software-ului menționat.

75 În speță, pentru a se asigura respectarea principiilor atribuirii contractelor de achiziții publice, astfel cum sunt enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica,

în primul rând, că atât landul Berlin, cât și orasul Köln dispun de codul sursă al software-ului „ICNIS Plus”, în al doilea rând, că, în ipoteza în care ar organiza o procedură de atribuire a contractelor de achiziții publice destinată să asigure întreținerea, adaptarea sau dezvoltarea software-ului menționat, respectivele autorități contractante comunică acest cod sursă candidaților și potențialilor ofertanți și, în al treilea rând, ca accesul la acest cod sursă unic este suficient pentru a garanta că operatorii economici interesați de atribuirea contractului vizat sunt tratați în mod transparent, egal și nediscriminatoriu.”

Curtea de Apel a confirmat și existența efectului de captivitate (lock-in effect) stabilind că în licitație este relevant și „Studiului privind efectul de captivitate (lock-in) în sectoarele sensibile în domeniul achizițiilor publice, IT și echipamente/aparatură medicală” realizat de Consiliul Concurenței. Prin acesta s-a reținut, cu privire la domeniul IT, că „omisiunea autorităților contractante de a include în documentația de atribuire a transferului dreptului de proprietate asupra aplicațiilor dezvoltate la cerere (codul sursă) conduce, ulterior, la dependența autorităților contractante față de furnizorul aplicației, deținător al dreptului de proprietate intelectuală. Orice dezvoltare ulterioară poate fi făcută doar cu furnizorul inițial al aplicației software.”

În condițiile cadrului legal și interpretativ prezentat de Curtea de Apel, prin considerentul 5.3.2.8 aceasta a stabilit obligațiile concrete pe care CFR le are în luarea măsurilor de remediere:

”Într-adevăr, în cuprinsul documentației de atribuire, cu privire la configurația stației Glogovăț s-a prevăzut proiectarea a două ramificații care vor fi introduse în instalația de centralizare a stației Glogovăț, însă nu au fost inserate decât mențiuni referitoare la obligația Antreprenorului/Contractantului Lotului 4 (inclusiv Aradu Nou – Glogovăț) de a corela lucrările 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, fără însă să se indice lucrările necesare pentru asigurarea interoperabilității sistemelor și condițiile de efectuare a acestor lucrări.

[...] autoritatea contractantă a indicat că pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea software-ului prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect și a precizat că lucrarea de rescriere a software-ului la stația Glogovăț trebuie efectuată de ofertant, ceea ce implică acorduri economice și tehnice între constructori, fără implicarea autorității contractante, însă nu a indicat condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț astfel încât să se realizeze scopul tehnic, însă în același timp să se respecte principiile tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și concurenței, respectiv să se evite/înlăture un posibil efect de captivitate

(lock-in), iar operatorul concurent care a implementat deja instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț să nu aiba un avantaj în fața altor operatori ofertanți determinat de această situație.

Reținând că, din perspectiva juridică, documentația de atribuire nu oferă argumente clare legate de acordul operatorului concurent, Curtea apreciază că este necesar ca entitatea contractantă să clarifice dacă este necesar acordul operatorului concurent iar în caz afirmativ, să se analizeze respectarea regulilor de concurență în formularea ofertelor, pentru a înlătura orice obstacol care ar depinde de un alt concurent, respectiv să stabilească condițiile de efectuare a acestei operațiuni de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovat asigurându-se că toți operatorii economici interesați de atribuirea contractului sunt tratați în mod transparent, egal și nediscriminatoriu.”

În opinia contestatoarei, măsurile de remediere contestate nu respectă obligațiile impuse de Curtea de Apel.

Astfel, CFR emite, practic, o clarificare prin care indică suma provizionată (fapt asupra căruia deja Curtea s-a pronunțat că este insuficient), indică din nou că activitățile de rescriere a software-ului din stația Glogovăț revine ofertanților și, în plus, completează caietul de Sarcini cu și mai multe activități de modificare a sistemelor componente instalate în trecut de același operator concurent (fără însă a indica concret soluția tehnică de interconectare a software-urilor și fără să stabilească în concret cum se va efectua din perspectiva realizării contractului și a respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe).

Măsurile de remediere contestate nu doar că încalcă caracterul obligatoriu al Deciziei CAB dar chiar sunt disprețuitoare în condițiile care soluția propusă a fost considerată deja de Curte ca fiind nelegală.

În concret, CFR, prin pretinsa punere în aplicare a Deciziei CAB, a întreținut același efect anticoncurențial existent în licitație și sancționat de Curtea de Apel și a omis din nou să indice:

(a) condițiile de efectuare a acestor lucrări atât din perspectivă tehnică, cât și contractuală;

(b) condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului astfel în cât să nu fie afectate principiile achizițiilor publice;

(c) condițiile de efectuare a acestor lucrări astfel încât să nu fie avantajat operatorul care a instalat echipamentele în trecut.

De altfel, reiese că CFR nici nu a întreprins analiza dispusă de Curte cu privire la necesitatea obținerii acordului operatorului concurent și modul în care sunt respectate obligațiile impuse de legislația concurenței și nici nu a indicat care sunt condițiile de efectuare a acestor lucrări cu înlăturarea a oricărui obstacol care ar depinde de un alt concurent.

Dacă CFR consideră că nu poate lua măsuri de remediere care să îndeplinească cerințele de legalitate trasate de Curtea de Apel, apare

situația indicată de aceeași Curte de Apel prin considerentul 5.3.2.10 și anume anularea procedurii de atribuire.

Provizionarea unei anumite sume de 5.040.343 RON, pe lângă faptul că reduce substanțial bugetul alocat celorlalte lucrări, este o măsură asupra căreia Curtea de Apel deja s-a pronunțat că nu este suficientă.

Cuantificarea valorică a activității de rescriere a software-ului nici nu e indicată prin Decizia CAB.

Măsurile de remediere contestate cuprind și o completare/modificare nelegală a caietului de sarcini cu:

(i) cu o parte din aceleași cerințe prevăzute și în răspunsul consolidat publicat în SEAP la data de 18.12.2020 (contestat la CNSC în cadrul dosarului nr. ...), în privința unora fiind aduse și anumite reformulări care introduc lucrări noi care pot fi efectuate, de asemenea, doar cu implicarea operatorului care a instalat sistemele/echipamentele în trecut;

(ii) cât și cerințe noi care vin în completarea Capitolului 4.9. Instalații semnalizare, centralizare, bloc (SCB) din caietul de sarcini.

(41) Este discutabilă fundamentarea economică a valorii estimate a procedurii în condițiile în care aceste activități nu existau în documentația de atribuire, iar în prezent, valoarea pentru toate celelalte lucrări în afara rescrierii software-ului din stația Glogovăț a fost redusă cu 5.040.343 RON.

În al doilea rând, lucrările aferente realizării acestor cerințe suplimentare se pot executa doar de către același operator concurent care a implementat în trecut instalațiile/sistemele, deoarece doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului implementat și cunoaște detaliile acestuia și modul de funcționare, precum și modul de intervenție asupra lor.

Asupra acestora nu poate interveni niciun alt operator, nici nu poate efectua modificările pe care le consideră necesare și nici nu își poate instala propriile software-uri pe un hardware ce nu-i aparține.

Entitatea contractantă nu deține nici codul sursă a software-ului și nici drepturile de proprietate pe care să le pună eventual la dispoziția ofertanților astfel cum reiese din răspunsul la solicitarea de clarificări 183 – 184.

În Anexa nr. 6 se regăsește și opinia de specialitate emisă de Conf. dr. ing. ec. Florin Nemțanu cu privire la elementele de natură tehnică relevante în soluționarea cauzei și care confirmă susținerile SIEMENS. În cadrul secțiunilor 3.7 (Mentenanță și software) și 3.8 (Modificare software) autorul opiniei de specialitate evidențiază complexitatea lucrărilor de modificare sau adaptare a software-ului/hardware-ului instalat în condițiile în care acestea trebuie să respecte standardul EN 50128 care utilizează niveluri integritate a siguranței SIL (Safety Integrity Level).

Astfel, se afirmă că:

“atunci când se efectuează corecții, îmbunătățire sau adaptări ale software-ului și/sau hardware-ului, așa cum este specificat și în standardul 50128, capitolul 9.2.4.17, întreținerea, corecția și adaptările sistemului trebuie efectuate cu cel puțin același nivel de expertiză, instrumente, documentație, planificare și management, care au fost aplicate și pentru dezvoltarea inițială a software-ului. [...]

În funcție de aplicații, arhitectura software se poate modifica acest lucru generând modificarea modulelor software sau, în unele cazuri, apariția unor module software suplimentare.

Modificările unor module software se pot face, datorită faptului că aplicațiile software și instrumentele software de testare sunt proprietate (aparțin celui care a elaborat componenta software), numai de către firma care a proiectat, dezvoltat și implementat aplicațiile software sau, în cazuri extreme, cu participarea programatorilor acesteia”.

Entitatea contractantă omite cu dezinvoltură aceste elemente, reținute, de altfel, și prin considerentele Curții de Apel potrivit cărora rescrierea software-ului aferent instalațiilor implementate în alt proiect nu poate fi făcută decât de către firma care a implementat sistemul în trecut, respectiv firma concurentă, prin aceasta încălcând din nou grav principiile tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe.

1. Cerințele pretinse și prin clarificarea din 18.12.2020 – reformulări ce presupun lucrări noi

- Modificarea instalației de centralizare electronică instalată de ALSTOM din stația Glogovăț în vederea adaptării acesteia la noua configurație software și hardware

- cerința ce nu este legală astfel cum a fost reținut prin Decizia CAB;

- Modificarea instalației IMTF ALSTOM din OCC Arad în concordanță cu noua configurație a instalației de centralizare electronică Glogovăț - CFR apelează la o altă denumire a cerinței cuprinse în clarificarea din 18.12.2020 referitoare la lucrările TMS (IMTF reprezintă o nouă abreviere) și aceasta la rândul său implicând rescrierea software-ului proprietar aparținând ALSTOM;

- Modificarea instalației RBC ALSTOM din OCC Arad pentru realizarea HOV Arad — Aradu Nou și HOV Glogovăț — Aradu Nou (anulare tranziție ieșire actuală din nivelul 2, modificarea CMI în concordanță cu noua configurație a liniilor, suplimentare număr balize actuale pentru noile fire de circulație, modificare SSP și gradienti, revalidări SW, etc.) -reprezintă o extindere a cerinței inițiale de a modifica RBC ce necesită atât rescrieri de software, cât și modificări de hardware proprietar a RBC ALSTOM instalat în OCC Arad;

2. Cerințe complet noi

- Modificarea instalației ICCT ALSTOM din OCC Arad în concordanță cu noile configurații ale instalației CE Glogovăț, respectiv liniile curente Glogovăț — Aradu Nou și Glogovăț — Arad - reprezintă o cerință nouă ce necesită rescrieri de software proprietar;

- Integrarea instalației BAT de la km 1+861, distanța Glogovăț — R4 Glogovăț, în instalația CE ALSTOM din stația Glogovăț - reprezintă o cerință nouă ce necesită atât rescrieri de software, cât și modificări de hardware proprietar;

- Integrarea instalației BLAI de pe distanța Glogovăț — Aradu Nou, în instalația CE ALSTOM din stația Glogovăț - reprezintă o cerință nouă ce necesită atât rescrieri de software, cât și modificări de hardware proprietar;

- Integrarea instalației BLAI de pe distanța Arad — Aradu Nou în instalația CE ALSTOM din stația Arad - reprezintă o cerință nouă ce necesită atât rescrieri de software, cât și modificări de hardware proprietar a instalației CE din Arad;

- Modificarea instalației BLAI pe distanța Arad — Glogovăț - reprezintă o cerință nouă ce necesită atât rescrieri de software, cât și modificări de hardware proprietar a instalației CE ALSTOM din stația Arad;

- Efectuarea de teste comune pentru verificarea HOV inter-tronsonare (triunghiul Arad — Glogovăț — Aradu Nou) - testele corespunzătoare fiecărei instalații sunt în responsabilitatea celui ce a construit inițial sistemul, acesta fiind și cazul modificării software-ului. Această condiție este necesară pentru respectarea legislației europene privind siguranța conform normelor CENELEC relevante, respectiv EN 50126 / EN 50128 / EN 50129. Toate aceste teste pot fi realizate numai de către producătorul inițial al sistemului, care este și răspunzător de siguranța sistemului.

Astfel, toate modificările hardware și software ale instalațiilor menționate în modificările impuse la caietul de Sarcini la Capitolul 4.9 (bulet 1-8) (ICCT ARAD, IMTF Arad, RBC Arad, respectiv instalația de centralizare electronică CE din stația Arad), impun necesitatea modificărilor hardware și software ale instalației CE ALSTOM din stația Arad, cât și RBC ALSTOM, deja implementate în cadrul unui alt proiect, ceea ce încalcă din nou principiul liberei concurențe, acestea putând fi făcute numai de către firma concurentă.

Acesta este un efect evident de captivitate (lock-in effect) a cărui rezolvare CFR o aruncă în sarcina ofertanților care, astfel, trebuie să apeleze pentru elaborarea ofertei la concurentul lor ALSTOM.

Astfel, situația concretă denotă un efect de captivitate apărut la nivelul procedurii care, prin modul în care este soluționat de CFR, se materializează printr-un puternic efect anticoncurențial constând în forțarea ofertanților de a contracta serviciile operatorului concurent (aceștia fiind, practic, „la mână” acestuia, care are libertatea chiar să

refuze cooperarea, ceea ce echivalează chiar cu blocarea accesului în licitație).

Faptul că CFR a indicat valoarea lucrărilor de rescriere a software-ului din stația Glogovăț nu îi creează lui ALSTOM vreo obligație de a accepta colaborarea cu competitorii săi. De altfel, este și interzis ca un ofertant să acționeze în cadrul aceleiași licitații și ca subcontractant pentru alți ofertanți. Ba mai mult, în lipsa unor elemente concrete care să justifice valoarea de 5.040.343 RON a lucrărilor de rescriere a software-ului indicate de CFR, putem aprecia că în fapt, Alstom ar putea chiar să reducă valoarea ofertei sale financiare în ce privește alte categorii de lucrări, întrucât costurile sale interne pentru rescrierea software-ului sunt în realitate mult mai mici iar în final aceste "pierderi" ar fi compensate de valoarea de 5.040.343 RON indicată de CFR.

Prin documentația publicată inițial nu se regăseau niciun fel de astfel de cerințe contractuale (fiind prevăzute doar lucrările de modificare a instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț), fapt consemnat inclusiv prin contestația formulată în dosarul CNSC nr. ... (aceasta conținând și critici referitoare la caracterul lacunar al documentației în ceea ce privește implicațiile la nivelul interoperabilității zonale atât din punct de vedere tehnic, cât și financiar).

CFR forțează ofertantul să negocieze oferta pe care urmează a o depune în licitație cu concurentul său direct.

CFR avea posibilitatea să gestioneze cu totul altfel cerințele, astfel încât să nu existe niciun avantaj pentru furnizorul instalațiilor/sistemelor deja existente.

Acest fapt era chiar necesar și pentru a evita transpunerea unor condiționalități punctuale de interoperabilitate la nivelul unui întreg contract de achiziție publică cu o valoare estimată de aproape 2,5 miliarde de RON. Fraționarea lor era necesară tocmai pentru a limita efectul anticoncurențial generat de situația practică.

De principiu, modificarea sistemelor realizate anterior de operatorul concurent trebuia privită distinct și urmărită limitarea avantajării operatorul concurent la un nivel cât mai redus, fără a fi contaminată o întreagă procedură de atribuire.

După cum a procedat și în alte proceduri, pentru asigurarea aceleiași finalități dar cu un risc de distorsionare a concurenței infinit mai mic, CFR ar fi trebuit să pretindă ca ofertantul câștigător din prezenta procedură să asigure interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent și în același timp, colaborând cu operatorul care a implementat proiectul anterior, să asigure reconfigurarea / adaptarea / upgradarea sistemului și interfațarea sistemului anterior în vederea conectării cu cel nou.

Interfațarea presupune „împăcarea” unor soluții tehnice diferite, ceea ce presupune concursul proiectanților ambelor soluții, atât din considerente practice, cât și legale (drepturi de autor). Aceasta este

soluția firească și naturală din toate punctele de vedere, inclusiv ale legii achizițiilor publice și legii concurenței.

Asemenea finalitate nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta ar crea din start o situație aptă de a se distorsiona concurența), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile.

Finalitatea urmărită de CFR putea fi atinsă și în cadrul unei proceduri distincte de achiziționare a unor servicii și lucrări suplimentare din partea operatorului concurent, printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare pe deplin justificată de necesitatea achiziționării de la contractantul inițial a unor cantități suplimentare de produse destinate înlocuirii parțiale sau extinderii produselor sau instalațiilor existente și numai dacă schimbarea contractantului inițial ar pune entitatea contractantă în situația de a achiziționa produse cu caracteristici tehnice diferite de cele deja existente, care ar conduce la incompatibilitate sau la dificultăți tehnice disproporționate de utilizare și întreținere (art. 117 alin. (1) lit. e din Legea 99/2016).

Deși CFR beneficiază de libertate aproape deplină pentru felul în care își structurează procedurile de atribuire și pentru determinarea obiectului acestora, nu este deloc rezonabil, din perspectiva obligațiilor care îi revin privind nedistorsionarea concurenței, să impună în prezenta procedură obligația pentru „noul” operator de a asigura concursul unui concurent, pe cheltuiala sa și riscul său (risc pentru că, teoretic, operatorul concurent ar putea să refuze să coopereze tocmai pentru a-și elimina concurența din prezenta procedură), în condițiile în care participarea acestuia ca ofertant în procedură este cât se poate de sigură.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 63 și art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016:

Contestatoarea invocă faptul că efectul de captivitate (lock-in effect) determină *per se* restrângerea concurenței conform concluziilor Consiliului Concurenței și practicii instanțelor europene

Efectul de captivitate (lock-in effect) în cadrul unor achiziții publice, respectiv dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor (cum este și cazul instalațiilor/sistemelor a căror modificare/adaptare este solicitată prin măsurile de remediere contestate) a făcut obiectul analizei Consiliului Concurenței, astfel cum a reținut și Curtea de Apel, fiind stabilit că:

„Efectele fenomenului de lock-in asupra mediului concurențial sunt următoarele:

o restrângerea concurenței la nivelul furnizorilor sau chiar eliminarea concurenței, pe piețele secundare, fapt de natură a conduce la creșterea prețurilor;

o probleme de continuitate a activității, în contextul în care se creează un raport de dependență față de un anumit furnizor. Astfel, blocajele conduc la pierderea unor oportunități de inovare și de creștere a eficienței, atunci când sistemul furnizat nu poate face față procesului rapid de dezvoltare a tehnologiei informației sau apariției de echipamente medicale de nouă generație.”

Consiliul Concurenței indică și recomandări în vederea înlăturării efectului de captivitate, inclusiv în ceea ce privește elaborarea documentației de atribuire, subliniind necesitatea definirii *”unor cerințe nediscriminatorii în caietele de sarcini și stabilirea unor specificații tehnice neutre, care să se plieze pe oferta a cât mai multor operatori economici, ceea ce ar conduce la o creștere a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică”*.

Mai mult, 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.

Legiutorul chiar a impus un rol activ autorităților de a fi vigilente și de a identifica oricând pe parcursul procedurii situații de natură a determina favorizarea vreunui dintre operatorii economici și de a lua măsurile necesare în vederea neutralizării unei asemenea favorizări.

Lipsa unei măsuri de remediere adecvate și necesare reprezintă, de altfel, și o încălcare a art. 18 din Directiva EU nr. 24/2014 și a jurisprudenței supranaționale.

Contestatoarea învederează faptul că în alte proceduri, autoritățile au știut să gestioneze riscul prezentat de efectul de captivitate, fără a crea avantaje nejustificate furnizorilor din proiecte anterioare

Interfațarea unei instalații electronice noi cu o instalație electronică existentă, păstrând funcționalitatea acesteia, presupune o dublă condiționalitate în sensul că ambele instalații să fie conectabile între ele, ceea ce implică modificări concrete la nivel software de ambele părți ale punctului de conexiune.

Interoperabilitatea poate fi asigurată dacă:

(i) pe de o parte, ofertantul câștigător asigură interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent, dar în același timp

(ii) entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului anterior și interfațarea sistemului anterior implementat cu sistemul nou din noul proiect.

Există deja precedente în sensul că în împrejurări similare modificările de sistem (software/hardware) au putut fi efectuate doar în

baza unei înțelegeri comerciale între autoritățile contractante și cei care au realizat inițial instalațiile și sistemele în discuție. De altfel, aceasta a fost și practica ... și ...în procedurile organizate până acum.

De regulă, CFR solicita strict realizarea interfațării instalațiilor aflate la granița proiectului, respectiv CE-CE, CE-RBC, RBC-RBC și CE-CMT, fiind conștientă de faptul că modificările de hardware și software ale unei instalații electronice existente pot fi executate numai de către operatorul economic care le-a implementat.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea invocă

- Contractul atribuit de CFR pentru Lotul 3 Gurasada- Simeria
- Proiectul referitor la modificarea instalației de centralizare electronică CE din stația Ploiești Vest

De asemenea, contestatoarea invocă un precedent judiciar asemănător soluționat de Comisia Națională pentru Controlul Achizițiilor Publice din Croația.

În cadrul unui proiect asemănător din Croația (2018-2019) Alstom Ferrovaria SpA și un alt operator economic (DIV-Grupa d.o.o.) au solicitat anularea cerințelor din documentația de atribuire (secțiunea 1.3.4.2.1), întrucât prin acestea se solicita modificarea software-ului instalației de centralizare electronică (ESSU) implementate în cadrul unui proiect anterior de către subsidiara locală Siemens.

Comisia Națională pentru Controlul Achizițiilor Publice (echivalentul din Croația al CNSC) a decis prin Hotărârea nr. 354-01/19-8 pronunțată în 29 ianuarie 2019 anularea secțiunilor contestate din documentația de atribuire, reținând existența unui element anticoncurențial care ar determina o încălcare a art. 206 din legea achizițiilor publice din Croația potrivit căruia specificațiile tehnice trebuie să fie elaborate în așa mod încât să asigure tuturor participanților acces egal la procedura de achiziții publice.

De altfel, pe parcursul demersului litigios, autoritatea contractantă din Croația și-a admis culpa, a recunoscut caracterul nelegal al aspectelor contestate și și-a asumat obligația remedierii acestora, publicând mai multe clarificări prin care a luat măsurile de remediere necesare.

Ulterior, autoritatea din Croația a revenit și prin clarificările publicate în data de 21.02.2019 a stabilit că lucrările de modificare a sistemelor instalate anterior de Siemens nu fac obiectul procedurii de achiziție și vor fi "regularizate de beneficiar prin contract separat":

Pentru ca, în final, să republice documentația de atribuire în vederea precizării în mod concret la nivelul fiecărei activități relevante că lucrările de modificare a sistemelor/echipamentelor instalate anterior de Siemens nu fac obiectul contractului licitat și vor fi asigurate de Siemens pe baza unui contract separat încheiat cu acest operator economic.

Autoritatea a impus în privința stațiilor vecine doar asigurarea interfațării astfel cum reiese din cerințele aplicabile instalației ESSU din stația Lepavina.

De asemenea, în cadrul secțiunii 1.3.4.2.5. Interfețele gării s-a prevăzut expres că:

“Noul sistem pentru semnalizare de siguranță trebuie conectat la dispozitivele pentru semnalizare de siguranță ale gării vecine existente la gara Gyekeny (tip Integra) și la dispozitivul SS al gării Križevci (SIMIS W). Interfața după gara Križevci va fi realizată de executant, în conformitate cu datele tehnice ale Siemens, care va efectua adaptarea ESSU la gara Križevci.”

Astfel, autoritatea din Croația a adoptat singura soluție care asigură deopotrivă atât scopul tehnic urmărit de beneficiar, cât și respectarea prevederilor legale și a directivelor europene care impun înlăturarea oricărui element anticoncurențial, prevăzând în mod expres că operatorul economic care a implementat în trecut sistemul a căror modificare se solicită în prezentul proiect va avea sarcina asigurării interfațării acestuia cu sistemul care va fi implementat în noul proiect.

Contestatoarea mai invocă și documentația de atribuire aferentă unui proiect desfășurat în prezent în Croația în care, prin raportare la aceeași situație de fapt, autoritatea a prevăzut *ab initio* că modificarea echipamentelor Siemens pre-existente nu face parte din contract.

În Anexa nr. 10 la contestație sunt prezentate extrase din cadrul documentației de atribuire publicată recent în legătură cu achiziția lucrărilor aferente subsistemului de infrastructură de Control-Comandă și Semnalizare din cadrul proiectului “Reconstrucția culoarului existent și construcția unui al doilea culoar pe secțiunea “Hrvatski Leskovac – Karlovac” - 44,02 km, 3 stații (H. Leskovac, Jastrebarsko, Karlovac), viteza 160 km/h”.

Din analiza acestora se poate constata că autoritatea contractantă din Croația a ținut cont de precedentul judiciar prezentat anterior și în contextul unei noi proceduri de atribuire a stabilit că lucrările de modificare a sistemelor instalate anterior de un anumit operator economic nu fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Autoritatea contractantă a depus în copie, un set de documente necesare soluționării cauzei, anexate punctului de vedere nr. 1.D/2/1284/30.06.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 33979/01.07.2021, cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

În ce privește solicitarea contestatoarei de anulare în integralitate a adresei CFR nr. 11.D/2/1155/11.06.2021, referitoare la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire, autoritatea contractantă apreciază că este nefondată, întrucât ca urmare a exercitării controlului ex-ante de ANAP privind măsurile de remediere, a fost emis Avizul Conform necondiționat nr. 10755/12089/15.06.2021,

aviz care este publicat în SEAP în cadrul anunțului de participare aferent procedurii de atribuire.

Exercitarea controlului ex-ante de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice vizează verificarea documentelor atât din punct de vedere al aspectelor de calitate cât și de regularitate-legalitate așa cum este definit la art.2 din OUG nr.98/2017.

Entitatea contractantă învederează că a pus în aplicare decizia CAB nr. 178/2021, măsurile de remediere fiind publicate în mod transparent în SEAP, în cadrul anunțului de participare în data de 15.06.2021.

Având în vedere că din Decizia CAB nr. 178/2021 reiese foarte clar că soluția de a se scoate în afara contractului modificarea stației Glogovăț nu este admisibilă, autoritatea contractantă apreciază că devin incidente prevederile cu privire la autoritatea de lucru judecat.

Mai mult, în soluția indicată de CAB, se stipulează clar: *"5.3.2.10. În lumina celor prezentate, solicitarea petentei formulată în principal va fi admisă doar în parte, în sensul că entitatea contractantă va fi obligată la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată",* aceasta rămânând definitivă, întrucât contestatoarea nu a uzat de nici una din căile extraordinare de atac prevăzute de lege.

Din dispozitivul Deciziei CAB se înțelege foarte clar că soluția de a se scoate în afara contractului modificarea stației Glogovăț nu mai poate fi atacată, devenind incidente prevederile privind autoritatea de lucru judecat. Având în vedere că instanța s-a pronunțat deja pe această modificare a documentației de atribuire susținută de contestatoare, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capat de cerere.

Contestatorul invocă soluția convenabilă lui, și anume ca Beneficiarul să realizeze lucrarea. Această soluție a fiind respinsă de către CAB:

"5.3.2.10. În lumina celor prezentate, solicitarea petentei formulată în principal va fi admisă doar în parte, în sensul că entitatea contractantă va fi obligată la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică

din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată".

Astfel, măsurile de remediere adoptate de către entitatea contractanta respectă întocmai decizia CAB prin care a fost respinsă cererea petentei Siemens de a trece responsabilitatea rescrierii softului în sarcina Beneficiarului. Prin reiterarea acestei cereri de contestatoare, odată ce a fost respinsă definitiv de CAB este o încercare a acesteia de a tergiversa nejustificat continuarea derulării procedurii de atribuire.

Față de critica contestatoarei conform căreia *"adresa CFR nr. I.D/2/1155/ 11.06.2021 nu conține nicio precizare cu privire la anularea, modificarea sau înlocuirea vreunei secțiuni din răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020"*, autoritatea contractantă consideră că nu se justifică modificarea răspunsurilor la solicitările de clarificări ce au făcut obiectul răspunsului consolidat din data de 18.12.2020, întrucât însăși solicitările de clarificări vizau documentația de atribuire în forma publicată la acea dată, formularea altor răspunsuri ar fi însemnat o reinterpretare a solicitărilor de clarificare de către entitatea contractanta, fapt ce ar fi dus la încălcarea legislației incidente prezentei proceduri de achiziție sectorială, entitatea contractantă având obligația de a răspunde clar și concis solicitărilor de clarificări în termenul prevăzut în documentația de atribuire.

Referitor la măsurile de remediere, entitatea contractantă susține că le-a pus în aplicare în conformitate cu cele dispuse prin Decizia CAB astfel:

I) CFR a indicat în ofertă o sumă provizionată, astfel încât toți ofertanții să o treacă în ofertă, asigurând astfel echitabilitatea ofertelor, toate având aceeași valoare pentru modificarea Instalației CE Glogovăț.

II) CFR a detaliat toate operațiunile care trebuie efectuate pentru realizarea integrării celor două proiecte.

În ce privește criticile contestatoarei conform cărora au fost adăugate noi activități, prin punerea în aplicare a Deciziei CAB 178/2021 entitatea contractanta nu a făcut decât să detalieze activitățile conform celor dispuse de instanță.

Modificarea stației a fost cerută în documentația de atribuire și instanța a decis că este sarcina ofertantului să o realizeze.

Citat:

"În documentul „Studiu de fezabilitate Caransebeș - Timișoara - Arad", la Cap.5.3.12.2 „Descrierea stațiilor și haltelor de mișcare în situația proiectată", sunt prevăzute următoarele:

Stația Aradu Nou (pag. 657)

„S-a proiectat astfel, o variantă nouă pentru intervalul dintre Aradu Nou și Glogovăț care, până aproape la 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) "

Stația Glogovăț cap Y (pag. 659)

o „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;

o Ambele ramificații vor fi introduse în instalația de centralizare a stației Glogovăț;

o 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;

o 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;

o 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 VF 218A, pe fir I linia CF 200, s-au prevăzut două diagonale paralele la R2 Glogovăț".

Entitatea contractantă a detaliat toate activitățile ce trebuie efectuate de către constructori, deși pentru firme care au mai efectuat astfel de proiecte atât în România cât și în Europa care au experiență în domeniu, o eventuală lipsă a unei astfel de detalieri nu i-ar fi împiedicat să depună o ofertă competitivă. Activitățile sunt descrise în proiectul (SF) din documentația de atribuire, acestea fiind cunoscute de către toți operatorii economici interesați de participarea la procedură, nefiind lucrări noi.

Față de susținerile contestatoarei formulate în mod repetat în cuprinsul contestației, respectiv de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă solicită să se constate că prin Decizia CAB nr. 178/2021 acesteia i-a fost respinsă definitiv cererea privind anularea procedurii, la baza solicitării acestei măsuri fiind invocate aceleași argumente, similare cu cele prezentate în contestație.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei privind obligarea CFR la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație entitatea contractantă apreciază că se impune respingerea acesteia, având în vedere faptul că contestatoarei nu i-a fost creată nicio obligație din partea entității contractante privind participarea la procedura de atribuire, înscrierea la procedura de atribuire și formularea de contestații fiind un drept al operatorilor economici și nu o obligație.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura 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”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul nr. .../19.10.2020, 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 Triaș 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 Triaș Gr.D” este de 2.471.694.414,19 lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire au formulat contestații 3 operatori economici, criticând prevederile acesteia, considerate restrictive. Prin Decizia CNSC nr. ..., 2391/13.11.2020, contestațiile au fost admise în parte, dispunându-se modificarea unor prevederi. Împotriva acestei decizii, a formulat plângere, la Curtea de Apel București, SC ... SRL, iar SC ... SRL a formulat cerere de intervenție accesorie, solicitând, în principal, modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și menționării exprese că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț (cu program de înzăvorâre nou) va fi în sarcina autorității.

În subsidiar, în măsura în care instanța va aprecia că documentația de atribuire trebuie interpretată în sensul că rescrierea software-ului revine ofertantului câștigător, anularea procedurii pentru distorsionarea concurenței și încălcarea tratamentului egal.

Prin decizia nr. 178/2021, instanța a reținut că *”5.3.2.10. În lumina celor prezentate, solicitarea petentei formulată în principal va fi admisă doar în parte, în sensul că entitatea contractantă va fi obligată la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată”.*

Ca urmare a acestei decizii, autoritatea contractantă a adoptat o serie de măsuri de remediere, incluzând în cadrul documentației de atribuire mențiuni privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț.

După emiterea deciziei Consiliului, au fost formulate contestații din partea SC ...SRL și SC ... SRL, iar SC ... a formulat cerere de intervenție accesorie în favoarea SC ... SRL.

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

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 206728300/1/24.12.2020, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria;

- SC SRL a depus cauțiunea în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 3731/30.12.2020, emisă de BRD Groupe Societe Generale Business Center Mari Cliești.

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

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție accesorie în favoarea SC .. SRL formulată de SC Consiliul reține că această societate invocă, în susținerea interesului, faptul că actele emise de autoritatea contractantă încalcă dispozițiile legale, impunându-se a fi anulate, că interesul său în cadrul procedurii de atribuire este acela de a participa la această procedură și de a i se asigura obiectivitatea și profesionalismul entității contractante prin aplicarea principiilor esențiale privind nerestricționarea concurenței și respectarea tratamentului egal și al transparenței, fiind evident că justifică un interes real în susținerea cererii de intervenție în favoarea Siemens, având aceleași solicitări pe care contestatoarea le-a formulat în petitul contestației. Astfel, dacă un operator economic este favorizat în ceea ce privește o activitate/cerință/lucrare din cadrul procedurii de atribuire, acest lucru afectează întreaga competiție (concurență), inclusiv pe acei operatori economici (Antreprenori în ceea ce privește lucrările pe infrastructura feroviară) care urmau să se asocieze cu operatorii direct afectați de restrictivitate sau care urmau să subcontracteze serviciile operatorilor economic direct afectați de această restrictivitate. Intervenienta mai arată că în acest domeniu limitat, în care activează foarte puțini operatori economici care pot realiza lucrările/activitățile informatice instalații în cauză (...), operatorii economici care desfășoară celelalte tipuri de activități de infrastructură feroviară (mai puțin partea informatică/instalații) și care sunt nevoiți să se asocieze cu specialiștii în acest domeniu restrâns pentru a putea participa la procedură sunt afectați în mod direct atunci când se restricționează concurență față de aceste activități. În atare situație, dacă numărul de posibili parteneri cu care intervenienta ar putea participa la procedură se reduce semnificativ pe motiv că aceștia sunt în imposibilitatea de a participa la procedură în aceste condiții și doar cei favorizați pot să-și întocmească oferta, devine evident că dacă s-ar respinge contestațiile ... ar fi în situația în care,

pentru a participa la procedură, ar trebui să coopteze ca și subcontractant pe principalul său competitor (Alstom), lucru imposibil de realizat. Intervenienta învederează că prin menținerea răspunsurilor la clarificare care fac obiectul contestației Siemens se ajunge la favorizarea unor anumiți operatori economici (Alstom/Nokia), ceea ce afectează participarea la procedură a oricărui alt operator economic, ajungându-se la o dependență față de acești operatori concurenți favorizați.

Consiliul reține că societatea intervenientă, prin modul în care își justifică interesul, dovedește, în fapt, un interes propriu, ce ar putea fi ocrotit pe calea contestației, și nu a cererii de intervenție accesorie. Astfel, chiar din conținutul argumentelor sale, rezultă că ... sunt concurenții săi, neputându-se reține un interes în susținerea contestației unuia dintre aceștia. Astfel, pentru a-și susține poziția, intervenienta trebuia să formuleze contestație în termen legal, cu depunerea cauțiunii aferente, condiție de admisibilitate a unei astfel de cereri. Consiliul i-a pus în vedere intervenientei să depună cauțiunea, aceasta insistând că a formulat cerere de intervenție accesorie în favoarea ..., și nu o contestație. Interesul de a susține contestația ... putea fi justificat doar în măsura în care societatea respectivă ar fi invocat o eventuală asociere cu contestatoarea pe care o sprijină, ori, așa cum rezultă din motivare, intervenienta justifică faptul că se află în competiție, or sprijinirea demersului contestatoarei ar putea pune în discuție integritatea ambelor oferte în procesul de evaluare, respectiv existența unor practici anticoncurențiale. Ori în condițiile în care părțile invocă tocmai regulile concurenței, a-și susține reciproc demersul intervenind una în favoarea alteia, pe o piață concurențială restrânsă, nu îi aduce niciun avantaj contestatoarei, ci dimpotrivă, ar putea părea o coordonare a comportamentului pe piață între concurenți, fără să se fi încheiat un acord. Părțile nu sunt membri ai unei asocieri, nu declară, în acest moment, că ar fi asociați sau că ar urmări asocierea în procedură.

Astfel, demersul contestatoarei se apropie mai mult de dispozițiile art. 2 coroborat cu art. (8) din Legea nr. 101/2016, ori în această situație, trebuia să depună cauțiunea aferentă contestației.

Consiliul are în vedere următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

Art. 3. - (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Art. 8. - (1) **Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante**, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; (...)

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.

Art. 17- (3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii [nr. 134/2010](#) privind [Codul de procedură civilă](#), republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

Art. 61¹. - (1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune (...)

Potrivit art. 61 din codul de procedură civilă, „(1) **Oricine are interes** poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare.

(3) Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți”.

Prin urmare, în condițiile în care contestatoarea avea un interes în promovarea unei căi de atac împotriva răspunsurilor la solicitările de clarificări, trebuia să depună contestația sa în termen și să constituie cauțiunea aferentă. Astfel, intervenienta nu poate folosi calea intervenției pentru a evita constituirea cauțiunii, demersul său actual neprofitându-i părții în favoarea căreia intervine. Mai mult decât atât, intervenienta arată expres în cuprinsul cererii sale că ea însăși este vătămată de prevederile documentației de atribuire și de răspunsurile la clarificări criticate de SIEMENS, situație în care trebuia să depună contestație, și nu intervenție accesorie.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție depusă.

După depunerea celor două contestații, având în vedere că pe rolul Curții de apel au fost depuse cele două plângeri al căror conținut viza aspectele supuse analizei Consiliului, fiind necesară motivarea deciziei Curții, prin Încheierea nr. ..., Consiliul a suspendat soluționarea contestațiilor până la primirea motivării deciziei. Ulterior, prin Încheierea nr. ..., Consiliul a repus pe rol dosarul respectiv.

Ca urmare a adoptării măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, prin Clarificarea nr. 1D/2/1155/11.06.2021, publicată în SEAP în data de 15.06.2022, SC ... SRL a depus o nouă contestație, solicitând anularea respectivei clarificări și obligarea CFR la adoptarea măsurilor de remediere necesare și adecvate pentru aducerea la îndeplinire a deciziei nr. 178/2021 a Curții de Apel București.

După depunerea contestației, SC ... SRL a depus o nouă cauțiune în valoare de 220.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 207283966/1/23.06.2021, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Consiliul reține că și prezenta cauțiune va avea regimul stabilit mai sus.

Înainte de a trece la analiza pe fond a celor trei contestații, Consiliul urmează a analiza în ce măsură contestațiile inițiale mai au obiect, prin prisma considerentelor deciziei Curții, dar și a măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă.

Astfel, în contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2953/2020 depusă de ... această contestatoare își sintetizează argumentele după cum urmează:

1) Pe rolul Curții de Apel București se află dosarul nr. 6941/2/2020 constituit în vederea soluționării plângerii ... SRL, împotriva Deciziei CNSC nr. ... privind omisiunea adoptării măsurilor de remediere menite să stabilească fără echivoc limitele obligației ofertanților de a asigura interoperabilitatea în stația Glogovăț, în sensul că obiectul contractului nu include intervenția asupra instalațiilor și sistemelor

instalate anterior de un operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614;

2) Prezenta contestație vizează clarificările CFR publicate în 18.12.2020 prin care, CFR, nu doar că nu ține cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial apărut la nivelul stației Glogovăț, ci, chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate de același operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614 (lucrări neprevăzute inițial în documentația de atribuire);

3) Ofertanții sunt, astfel puși ca pe riscul și cheltuiala lor să negocieze în mod direct cu operatorul care a instalat sistemele respective și să contracteze drepturi, servicii, asistență și concursul acestuia pentru realizarea obiectului prezentului contract;

4) Efectul de captivitate („lock-in effect”) pe care îl poate avea achiziționarea unor sisteme ale unui operator într-un proiect etapizat, care poate fi dezvoltat secvențial putea fi și trebuia gestionat altfel de CFR, prin asigurarea punctului de legătură între operatorii cu interese concurente (cum de altfel a și făcut-o în proceduri anterioare):

5) Modificarea instalațiilor/sistemelor realizate anterior trebuia privită distinct, fără a fi contaminată o întreagă procedură de atribuire;

6) CFR a renunțat fără motiv la practica sa anterioară prin care, în situații similare (în care erau identificate astfel de efecte de captivitate), proceda corect și solicita doar asigurarea interfațării sistemului nou la punctul de contact cu cel vechi în vederea interconectării nu și reconfigurarea / adaptarea / upgradarea celui vechi în vederea interconectării;

7) După cum a procedat și în alte proceduri, pentru asigurarea aceleiași finalități dar cu un risc de distorsionare a concurenței infinit mai mic, CFR ar fi trebuit, astfel, să pretindă ca ofertantul câștigător din prezenta procedură să asigure interfațarea sistemului din proiectul nou cu sistemul existent în proiectele învecinate;

8) În același timp, colaborând cu operatorul care a implementat proiectul anterior, trebuia să asigure reconfigurarea / adaptarea / upgradarea sistemului vechi și interfațarea acestuia în vederea interconectării cu cel nou;

9) Interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, prin negocieri directe între aceștia (deoarece aceasta creează din start premisele distorsionării concurenței), ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile;

10) Există deja precedente în sensul că în împrejurări similare modificările de sistem (software/hardware) au putut fi efectuate doar în baza unei înțelegeri comerciale între autoritățile contractante și cei care

au realizat inițial instalațiile și sistemele în discuție: de altfel, aceasta a fost și practica în procedurile organizate până acum;

11) Nu este deloc rezonabilă trimiterea forțată a ofertanților la contractarea drepturilor, serviciilor, asistenței și concursului operatorului care a instalat sistemele din proiectul Curtici - Km 614 pentru realizarea obiectului prezentului contract, pe riscul și cheltuiala acestora:

12) Operatorul concurent beneficiază de un avantaj evident în procedură, nu numai prin aceea că va putea oferi un preț mai mic, ci și prin aceea că își va putea vinde scump serviciile competitorilor săi, cu atât mai mult cu cât prin clarificări CFR crește dependența de acest operator;

13) CFR a introdus abia prin clarificări lista principalelor lucrări o linie generică de tipul „alte costuri” referitoare la costurile importante determinate de reconfigurarea / adaptarea / upgradarea și interconectarea sistemelor livrate anterior și le sugerează operatorilor să introducă și costurile legate de interconectare, fiind astfel confirmată teza că acestea nu au fost avute în vedere de la început și că valoarea estimată a procedurii nu reflectă astfel de costuri:

14) CFR nu a cerut ofertare/cotație separată pe aceste lucrări (situație care ar dovedi cu prisosință încălcarea tratamentului egal între participanți), ci le integrează în prețul total al contractului, diluând astfel avantajul în umbra ofertei generale;

15) Înlăturarea efectului anticoncurențial presupune în cazul de față precizarea la nivelul documentației de atribuire că ofertanților li se va cere doar asigurarea interfațării sistemelor din noul proiect cu cele din proiectul vecin.

16) În condițiile în care CNSC apreciază că această măsură de remediere nu este posibilă și că riscurile și costurile contractării serviciilor operatorului concurent cad în sarcina ofertanților, se impune anularea procedurii în condițiile în care modul de organizare al acesteia distorsionează în mod grav concurența și încalcă principiul egalității de șanse între ofertanți.

Consiliul va analiza fiecare dintre aceste argumente formulate sintetic, urmând a stabili dacă respectiva contestație mai este de actualitate, în condițiile în care situația de fapt a evoluat. Faptul că plângerea este anterioară răspunsurilor la solicitările de clarificări nu conduce la concluzia existenței obiectului contestației, din moment ce aceasta se referă la aceleași operațiuni ce au format obiectul plângerii, respectiv soluțiile de interconectare a celor două tronsoane de cale ferată și necesitatea acestei interconectări.

În ceea ce privește primul argument din contestație, respectiv obligarea autorității la adoptarea măsurilor de remediere menite să stabilească fără echivoc limitele obligației ofertanților de a asigura interoperabilitatea în stația Glogovăț, în sensul că obiectul contractului nu include intervenția asupra instalațiilor și sistemelor instalate anterior

de un operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614, Consiliul reține că instanța a stabilit fără dubiu, la pct. 5.3.2.10., că *"în lumina celor prezentate, solicitarea petentei formulată în principal va fi admisă doar în parte, în sensul că entitatea contractantă va fi obligată la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată"*.

Prin urmare, Curtea a stabilit că revine operatorului economic declarat câștigător obligația rescrierii softului, în vederea interoperabilizării celor două tronsoane de cale ferată, și nu entității contractante. Astfel, cu privire la acest prim argument, decizia Curții a stabilit cu autoritate de lucru judecat că această operațiune cade în sarcina câștigătorului procedurii.

În ceea ce privește cel de-al doilea argument, faptul că prezenta contestație vizează clarificările CFR publicate în 18.12.2020 prin care, CFR, nu doar că nu ține cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial apărut la nivelul stației Glogovăț, ci, chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate de același operator concurent în cadrul proiectului vecin Curtici - Km 614 (lucrări neprevăzute inițial în documentația de atribuire), decizia Curții cuprinde următoarele:

„se notează că entitatea contractantă a menționat faptul ca pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea software-ului prin adaugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect, a precizat că lucrarea de rescriere a software-ului la stația Glogovăț trebuie efectuată de ofertant și a recunoscut că sunt necesare acorduri economice tehnice între constructori, fără implicarea entității contractante însă documentația de atribuire nu conține nicio mențiune privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț astfel încât sa se realizeze scopul tehnic, dar și respectarea prevederilor legale care impun înlăturarea oricărui element anticoncurențial. Simplele afirmații ale entității contractante în sensul ca „nu este avantajat un operator economic anume, pentru că indiferent de operatorul economic care va implementa prezentul proiect, se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat software-ul actual în stația Glogovăț deoarece suma alocată pentru rescrierea acestui software este aceeași pentru toți ofertanții și a fost inclusă în valoarea estimată pentru investiția de bază", nu sunt în măsură să clarifice aspectele menționate,

nu dovedesc faptul că nu este avantajat operatorul concurent care a implementat anterior instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț nici nu fac dovada respectării tratamentului egal.

*Curtea subliniază că aceste operațiuni de includere reprezintă operațiuni tehnico-juridice importante esențiale pentru derularea contractului, entitatea contractantă având obligația de a indica cerințele tehnice și juridice în mod clar, **astfel încât să fie fără echivoc conținutul obligațional fiecărui ofertant.***

Cu alte cuvinte, entitatea contractantă trebuia să indice/precizeze concret soluția tehnică de interconectare a software-urilor, aferentă funcționării instalației de centralizare electronică, afirmația că aceste operațiuni revin ofertanților, fără să stabilească în concret cum se va realiza din perspectiva realizării contractului și a respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe consacrate de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, fiind incompletă și lipsită de claritate”.

Prin urmare, ulterior clarificărilor criticate în contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2953/2020 depusă de, Curtea a stabilit, cu autoritate de lucru judecat, obligația ofertanților de a efectua aceste lucrări, a obligat, în același timp, în contrapondere, autoritatea contractantă la remedieri, aceasta adoptând unele măsuri, criticate prin cea de-a doua contestație. Prin urmare, argumentul numărul 2 din contestație se vădește a fi lipsit de obiect, suficiența remedierilor urmând a fi analizată cu ocazia soluționării celei de-a doua contestații.

În ceea ce privește argumentele 3, 4 și 5, respectiv că ofertanții sunt, astfel puși ca pe riscul și cheltuiala lor să negocieze în mod direct cu operatorul care a instalat sistemele respective și să contracteze drepturi, servicii, asistență și concursul acestuia pentru realizarea obiectului prezentului contract, efectul de captivitate („lock-in effect”) pe care îl poate avea achiziționarea unor sisteme ale unui operator într-un proiect etapizat, care poate fi dezvoltat secvențial putea fi și trebuia gestionat altfel de CFR, și modificarea instalațiilor/sistemelor realizate anterior trebuia privită distinct, fără a fi contaminată o întreagă procedură de atribuire, din conținutul pasajelor citate mai sus, rezultă că acestea au fost avute în vedere de Curtea de Apel București, pronunțându-se pe ele. În ceea ce privește suficiența măsurilor de remediere, aceasta formează obiectul celei de-a treia contestații, urmând a fi analizate în cadrul acesteia.

În ceea ce privește argumentul că „CFR a renunțat fără motiv la practica sa anterioară prin care, în situații similare (în care erau identificate astfel de efecte de captivitate), proceda corect și solicita doar asigurarea interfațării sistemului nou la punctul de contact cu cel vechi în vederea interconectării nu și reconfigurarea / adaptarea / upgradarea celui vechi în vederea interconectării”, acest aspect formează obiectul celei de-a doua contestații formulată de fiind ultimul argument de la

pagina a contestației respective. Argumentul respectiv este în strânsă cu cele de la pct. 7-12, fiind preluate, separat sau cumulat, în noua contestație depusă ca urmare a adoptării măsurilor de remediere, urmând a fi analizate cu ocazia soluționării noii contestații.

În ceea ce privește argumentele 13-16 referitoare la neincluderea costurilor aferente, prin măsurile de remediere acestea au fost incluse, criticile rămânând fără obiect. Mai mult, instanța a menționat că existența sumelor aferente în valoarea estimată nu înlătură obligația autorității de a preciza clar specificațiile tehnice. Astfel, deși aspectul neincluserii sumelor aferente acestor operațiuni a format obiectul plângerilor, în conținutul deciziei nu există obligații în sarcina autorității de a prezenta alte dovezi în acest sens. Nu în ultimul rând, valoarea estimată cuprinde rezerve importante, cum, de altfel, se întâmplă în toate contractele de acest gen, de proiectare și execuție, în condițiile în care soluțiile tehnice amănunțite și definitive se stabilesc în etapa de proiectare.

Cu caracter subsidiar, Consiliul reține că deși contestatoarea susține că măsurile de remediere criticate ar fi modificat prevederile documentației de atribuire, în realitate, analiza lor relevă că nu au apărut astfel de modificări. Astfel, solicitările de clarificări adresate entității au ca numitor comun expresia „Confirmați că....”, entitatea în răspunsul său, confirmând cele solicitate de operatorii economici care au adresat întrebări. Astfel, niciunul din răspunsurile criticate și prezentate tabelar de contestatoare în contestația sa, nu conduce la concluzia că s-ar fi modificat prevederi ale documentației de atribuire, ci dimpotrivă, entitatea a confirmat înțelegerea operatorului. Pe de altă parte, Consiliul reține că în răspunsurile la pct. 33-34, autoritatea contractantă face trimitere la o serie de clauze din stugiul de fezabilitate și și modelul de contract stabilit prin HG nr. 1/2021, neputând fi vorba de o modificare a documentației de atribuire. Prin urmare, față de nemodificarea respectivelor prevederi prin răspunsurile la solicitările de clarificări, contestația ar fi tardivă, răspunsurile respective putând fi contestate doar prin prisma clarității lor. Or în situația în care ele nu fac decât să confirme o serie de prevederi și să indice locul unde se regăsesc anumite informații, nu se poate considera că răspunsul ar fi de natură să o repună pe contestatoare în termenul de contestare a documentației de atribuire.

Față de cele constatate, Consiliul va reține că prima contestație formulată de SC SRL a rămas în parte fără obiect, atât ca urmare a deciziei Curții de apel cât și ca urmare a măsurilor de remediere, Contestatoarea reluând o parte a argumentelor sale, așa cum s-a arătat, în noua contestație depusă în urma măsurilor de remediere, aspectele respective urmând a fi analizate cu ocazia soluționării ei.

În ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL, ce formează obiectul dosarului nr. Consiliul reține că și această contestatoare critică, în principiu, aceleași răspunsuri la solicitările de clarificări ca și în

contestația precedentă, arătând că răspunsul consolidat la solicitările de clarificări publicat în data de 18.12.2020 prin care entitatea contractantă nu doar că nu ține cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial, ci chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări față de cele prevăzute inițial în documentația de atribuire.

Ca și contestația anterioară, aceasta formulează o sinteză a argumentelor, acestea urmând a fi analizate de Consiliu pentru a se observa în ce măsură contestația respectivă mai are obiect. În ceea ce privește obligația ofertanților de a realiza interconectarea, așa cum s-a arătat, Curtea s-a pronunțat definitiv, deci activități suplimentare de modificare / reconfigurare (inclusiv proiectarea unor soluții proprietare) a unor instalații/subsisteme este în sarcina operatorului economic desemnat câștigător. În ceea ce privește aprovizionarea Beneficiarului cu materiale/ echipamente suplimentare, ce nu au fost inițial incluse în obiectul procedurii de atribuire, în vederea instalării în afara proiectelor ce fac obiectul procedurii, Consiliul reține că stabilind necesitatea realizării respectivelor lucrări de către operatorul declarat câștigător, implicit Curtea s-a pronunțat și cu privire la aprovizionarea materialelor aferente acestora, fiind o consecință logică faptul că nu se vor executa o serie de lucrări și servicii de interconectare fără aport suplimentar de materiale, utilaje, resurse umane. În subsidiar, este de remarcat că documentația de atribuire nu cuprinde liste de cantități și materiale, contractul fiind unul de proiectare și execuție, în condițiile FIDIC Cartea galbenă, în baza căruia definitivarea listei de cantități face parte din obiectul contractului, respectiv din etapa de proiectare. Deci, chiar în situația în care s-ar admite faptul că instanța nu s-a pronunțat nici expres nici implicit asupra acestui aspect, critica ar fi nefondată, în condițiile în care nu există liste de cantități. În același timp, măsurile de remediere publicate în SEAP în urma deciziei Curții precizează expres necesitatea efectuării acestor lucrări și servicii, fiind prevăzută valoarea aferentă acestora, reținându-se, astfel, rămânerea fără obiect a criticii respective.

În ceea ce privește argumentul referitor la negocierea cu un terț, respectiv cu operatorul care a instalat subsistemele respective în vederea achiziționării de drepturi, servicii și asistență pentru a putea duce la îndeplinire contractul ce face obiectul procedurii de atribuire, entitatea contractantă degrevându-se astfel, într-un mod nejustificat, de orice responsabilitate în ceea ce privește asigurarea punctului de legătură între operatori cu interese concurente și între proprii antreprenori, Consiliul reține că această chestiune nu mai este de actualitate, prin clarificările publicate autoritatea contractantă solicitând modificarea integrală a vechilor instalații de semnalizare, astfel încât să fie compatibilă cu soluția propusă de ofertantul câștigător. Deci, nu poate fi vorba de negocierea cu un terț, din moment ce instalația respectivă va fi modificată.

Celelalte argumente sintetice sunt în totalitate identice celor din contestația anterioară, Consiliul stabilind, prin urmare, și lipsa de obiect a acesteia.

Consiliul mai reține că societatea contestatoare critică faptul că răspunsul consolidat suplimentează, într-un mod neclar, obligațiile ofertantului ce va fi declarat câștigător, respectiv:

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea unei singure versiuni de software pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, care să nu necesite modificări ulterioare, cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă”

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare pentru fiecare din instalațiile CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT, atât pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren, cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă”

„Este în sarcina Antreprenorului/Contractorului aprovizionarea echipamentelor exterioare și a materialelor necesare (în vederea asigurării compatibilității cu instalațiile ce vor fi puse în operare comercială fără lucrările de perspectivă) și predarea acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă”.

Având în vedere că, așa cum s-a arătat, în decizia Curții de apel se menționează *„Curtea subliniază că aceste operațiuni de includere reprezintă operațiuni tehnico-juridice importante esențiale pentru derularea contractului, entitatea contractantă având obligația de a indica cerințele tehnice și juridice în mod clar, **astfel încât să fie fără echivoc conținutul obligațional fiecăruia ofertant.** Cu alte cuvinte, entitatea contractantă trebuia să indice/precizeze concret soluția tehnică de interconectare a software-urilor, aferentă funcționării instalației de centralizare electronică, afirmația că aceste operațiuni revin ofertanților, fără să stabilească în concret cum se va realiza din perspectiva realizării contractului și a respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe consacrate de dispozitiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, fiind incompletă și lipsită de claritate”*, rezultă că instanța a stabilit în sarcina entității contractante stabilirea soluției de interconectare a softurilor.

După adoptarea măsurilor de remediere în baza deciziei Curții de Apel, Consiliul a solicitat contestatoarei, prin adresa nr. ..., precizări referitoare la lipsa de obiect a contestației, iar aceasta, prin adresa nr. 33370/29.06.2021, formulează răspuns, în care menționează că clarificarea generală remediază parțial documentația de atribuire aferentă lotului 2 din cadrul procedurii de atribuire, în timp ce criticile formulate prin contestație se referă atât la documentația de atribuire aferentă lotului 1, cât și la documentația de atribuire aferentă lot 2. În

plus, clarificarea generală nu remediază criticile menționate în contestație, contestația având în continuare obiect, iar excepția invocată de entitatea contractantă nefiind aplicabilă.

Astfel, Consiliul va analiza criticile asupra cărora contestatoarea susține că nu s-ar fi intervenit prin clarificare.

1. Referitor la upgradarea unor subsisteme (instalații) deja implementate în alte proiecte - Centralizare Electronică, Radio Block Centre, CMT, GSM-R, contestatoarea învederează că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la upgradarea unor sisteme (instalații) deja implementate în alte proiecte, respectiv:

- Pentru Centralizarea Electronică, Finanțarea, prin alocarea unei sume provizionate pentru „Rescrierea Software-ului instalației de centralizare electronice din Stația Glogovăț”, fără să detalieze, însă, modul de tratare și de finanțare a componentei hardware (echipamentele propriu-zise necesare modificării instalației existente prin mărirea capacității acesteia, pentru a putea comanda și controla elementele de semnalizări feroviare nou introduse în stația Glogovăț), ceea ce conduce în continuare la neîndeplinirea, de către entitatea contractantă, a obligațiilor ce îi revin potrivit art. 62 și art. 63 din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la această critică, Consiliul reține că suma necesară hardware (echipamentele propriu-zise necesare modificării instalației existente prin mărirea capacității acesteia, pentru a putea comanda și controla elementele de semnalizări feroviare nou introduse în stația Glogovăț) nu apare prevăzută la nicio poziție dedicată, așa cum nu apare nicio altă sumă, în condițiile în care nu există niciun fel de cantități de lucrări, echipamente și utilaje pentru orice parte de lucrare. Așa cum s-a precizat mai sus, suntem în prezența unui contract de proiectare și execuție, în care cantitățile și materialele sunt stabilite de operatorul declarat câștigător. Prin urmare, faptul că în documentație nu sunt detaliate modul de tratare și de finanțare a componentei hardware, nu înseamnă că nu sunt fonduri aferente acestora. Dimpotrivă, la cap. 6 din Formularele introduse, respectiv Centralizări și semnalizări sunt introduse pozițiile Aradu Nou-Glogovăț și Ramificație Glogovăț, situația fiind similară și în ceea ce privește cap. 7, Telecomunicații.

Aceeași situație se întâlnește și pentru Radio Block Centre, CMT și GSM-R, despre care contestatoarea susține că nu au fost detaliate modul de tratare și de finanțare a componentelor hardware și software pentru instalația Radio Block Centre, CMT și GSM-R, ceea ce conduce în continuare la neîndeplinirea, de către entitatea contractantă, a obligațiilor ce îi revin potrivit art. 62 și art. 63 din Legea nr. 99/2016. Astfel, în cadrul formularelor sunt stabilite categoriile mari, fără valori, respectiv Centralizări și semnalizări, telecomunicații, și nu detaliat, componentele, acestea rezultând din restul prevederilor detaliate, respectiv din caietele de sarcini, în listele de cantități estimate publicate

în răspunsul entității contractante din 02.11.2021, după cum chiar Thales face referire în concluziile scrise nr. 2908/19.01.2021. Atât timp cât soluția identificată de autoritatea contractantă în baza deciziei Curtii, este aceea a rescrierii integrale a softului și a echipării corespunzătoare, tocmai pentru a se evita captivitatea și favorizarea operatorului care a implementat vechea soluție, nu se poate considera că ar fi cineva favorizat. Din moment ce soluțiile trebuie identificate de operatorul câștigător, orice referire la vechea soluție ar conduce la favorizarea aceluiasi operator, practică criticată în trecut și de contestatoare. Astfel, faptul că nu sunt prevăzute valori și modalitatea de finanțare pentru aceste lucrări, nu face notă discordantă față de restul documentației de atribuire, situația fiind aceeași pentru toate categoriile de lucrări.

2. Referitor la upgradarea echipamentelor GSM-R din București și Ploiești (implementate în cadrul Proiectului Pilot), contestatoarea arată că Clarificarea Generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la activitățile de upgradare a MSC-urilor, realizarea acestora nefiind inclusă în bugetul estimat conform fișei de date a achiziției, fiind introduse ulterior de către entitatea contractantă, așa cum a fost demonstrat prin contestație și concluziile scrise, Consiliul reține că documentația de atribuire nu face referire la upgradarea respectivelor echipamente. De altfel, contestatoarea nu aduce niciun argument în acest sens, nu precizează unde, anume, se stabilesc asemenea obligații. Referiri la respectivele contracte se fac în corespondența dintre autoritate și un alt operator economic, ca și exemplu de practică, documentația de față necuprinzând asemenea prevederi. Este adevărat că volumul acesteia este unul deosebit, dar sarcina dezvoltării motivelor din contestație revine contestatoarei, respectiv aceasta trebuie să arate că atacă prevederea x de la pag. Y, contestația și precizările ulterioare nerespectând aceste rigori. Astfel, Consiliul nu a identificat unde, anume, în clarificarea atacată se face referire la upgradarea echipamentelor GSM-R din București și Ploiești (implementate în cadrul Proiectului Pilot) de către operatorul desemnat câștigător în cadrul acestui proiect, iar contestația și clarificările ulterioare nu indică acea parte a documentației de atribuire care să cuprindă aceste informații și care este criticată. Operatorilor economici contestatori le revine sarcina indicării exacte a prevederilor criticate, Consiliul neputând fi învestit cu verificarea în integritate a documentației de atribuire. Toate discuțiile referitoare la proiectul pilot apar în cadrul contestațiilor și punctului de vedere, în condițiile în care se face referire la realizarea instalației pilot, în anii de început ai modernizării căilor ferate, de către Alstom. Ori această situație de fapt nu mai poate fi schimbată, iar autoritatea contractantă aduce elemente pertinente în sensul nefavorizării respectivului operator, în condițiile în care toți operatorii care au realizat lucrări de modernizare a căii ferate române cunosc sistemele din cadrul proiectului pilot. Această

chestiune urmează, însă, a fi analizată pe larg și cu ocazia soluționării contestației depusă deca urmare a adoptării măsurilor de remediere după decizia curții.

3. Referitor la o serie de echipamente suplimentare care ar urma să fie livrate în vederea instalării în cadrul unor proiecte viitoare, Consiliul nu regăsește asemenea obligații în cadrul documentației de atribuire sau a răspunsului consolidat, interpretarea dată de contestatoare fiind una desprinsă din contextul documentației de atribuire. Ceea ce se solicită este realizarea unor interfețe care pot fi dezvoltate ulterior, pe măsura dezvoltării căii ferate, înțelesul răspunsului la clarificare fiind unul neîndoielnic.

4. Referitor la realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect, contestatoarea arată că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație și concluziile scrise cu privire la realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect.

Consiliul reține că autoritatea, alegând varianta rescrierii integrale a soluției de interconectare în stația Glogovăț, a depășit această chestiune. De altfel, contestatoarea ... arată că „Interfațarea presupune „împăcarea” unor soluții tehnice diferite, ceea ce presupune concursul proiectanților ambelor soluții, atât din considerente practice, cât și legale (drepturi de autor). Aceasta este soluția firească și naturală din toate punctele de vedere, inclusiv ale legii achizițiilor publice și legii concurenței.

Soluția corectă a fost propusă chiar de CFR - asigurarea de către CFR a rescrierii softului instalației CE din Stația Glogovăț - însă a fost contrazisă prin clarificările publicate acum de CFR (nota Consiliului-Clarificările consolidate din data de 18.12.2021)”.

Astfel, în condițiile în care prin clarificarea generală ca urmare a deciziei Curții de apel, entitatea contractantă a stabilit, în mod clar, că soluția este cea a rescrierii integrale a softului, și nu realizarea unei interfețe de conectare cu interfața existentă, executată de alt operator economic, solicitarea unor detalii referitoare la respectiva interfață este depășită de situația de fapt expusă. Prin urmare, după cum apreciază contestatoarea ..., soluția rescrierii softului este corectă, față de cea a realizării unei interfețe de conectare, care presupune colaborarea cu executantul anterior.

Prin urmare, în baza deciziei Curții, autoritatea trebuia doar să restabilească cerințele rescrierii softului, și nu să dea detalii în ceea ce privește realizarea unei interfețe de conectare cu interfața veche și realizarea interconectării, cum eronat susține contestatoarea.

5. Referitor la realizarea unei singure versiuni de software, despre care contestatoarea consideră că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație cu

privire la solicitarea de realizare a unei singure versiuni de software, Consiliul reține că răspunsul autorității criticat se referă la unicitatea versiunii software și la posibilitatea upgradării sale ulterioare, soluție comună tuturor contractelor care prevăd instalarea de software. Astfel, ar fi absurd să interpretăm cerința în sensul compatibilității cu orice soluție viitoare, în condițiile în care autoritatea nu solicită acest lucru, ci solicită existența posibilității dezvoltării ei.

Consiliul reține că răspunsul consolidat criticat se referă la lucrările de interfațare pentru tronsoanele viitoare, care vor fi adăugate pe parcurs. Susținerile contestatoarei nu țin seama de situația de fapt existentă în teren, potrivit căreia lucrările se realizează în timp, pe tronsoane diferite, de operatori diferiți, desemnați în urma procedurilor de atribuire ce se desfășoară succesiv, că soluțiile adoptate de aceștia nu sunt cunoscute anticipat, ci depind de alegerea fiecăruia, neexistând un proiect pentru toată lucrarea, ci doar studii de fezabilitate cu soluții generale. Astfel, toate contractele trecute, prezente și viitoare pe acest coridor de transport sunt de proiectare și execuție, că nu există o soluție software generală de interconectare stabilită de autoritate, ci revine operatorului care se leagă de tronsonul deja executat obligația de a găsi soluția unică pentru proiectul său de interconectare, oferindu-se, în același timp, posibilitatea dezvoltării ei pentru interconectarea tronsoanelor viitoare. În calitate sa de proiectant, își poate stabili propriile soluții, impunerea soluției operatorului care a executat deja tronsonul fiind exact soluția criticată de contestatoare, respectiv acea soluție captivă la care se referă atât în contestația actuală, cât și în plângerea formulată.

Chiar dacă ar considera că este necesară prezentarea unei soluții tehnice concrete de interconectare a tronsoanelor viitoare de către autoritatea contractantă, din punct de vedere practic acest lucru nu este posibil, neexistând în studiile de fezabilitate mențiuni de acest fel, soluția tehnică depinzând atât de operatorul care va câștiga acest tronson, cât și de cei care vor câștiga contractele viitoare. Aceasta este maniera gândită de entitatea contractantă pentru realizarea acestui coridor de transport, soluție care, odată pusă în practică prin realizarea unor tronsoane, nu mai poate fi schimbată pe viitor, deoarece lucrările trebuie să continue în baza documentației care a stat la baza obținerii finanțării. Deci, chiar dacă entitatea contractantă ar dori, la solicitarea operatorilor, la dispoziția Consiliului sau a instanței, precizarea unor soluții unice de interconectare pentru tot coridorul de transport, acest lucru nu s-ar mai putea realiza la acest moment, în condițiile în care există, deja, tronsoane executate, iar referirea la soluția deja construită a fost criticată de operatori și considerată de Curtea de apel ca fiind restrictivă. Deci, alegerea de către entitate a oricărei soluții de interconectare ar avantaja, cu siguranță, pe unii operatori, fiind evident că aceasta ar alege una dintre soluțiile deja implementate.

6. Referitor la numărul de unități GSM-R - Cerința GSM-R 233, contestatoarea arată că clarificarea generală nu include niciun detaliu de natură să remedieze criticile formulate prin contestație cu privire la numărul de unități GSM-R din Cerința GSM-R 233. Consiliul reține că critica formulată în contestație vizează, în fapt, documentația de atribuire, și nu răspunsul la solicitarea de clarificări consolidat. Astfel, răspunsul entității contractante nu modifică în niciun fel documentația de atribuire, nici chiar contestatoarea nesustînând acest lucru. De altfel, Consiliul reține ca relevant punctul de vedere al entității contractante, care învederează faptul că în cadrul răspunsului de clarificare nr. 49 indică cerința GSM-R 233, cerință comună tuturor procedurilor pe acest coridor, în care se regăsesc informațiile solicitate de către posibilul ofertant, volumul de echipamente fiind unul normal, necesar Beneficiarului pentru asigurarea operării comerciale a rețelei GSM-R pe fiecare dintre loturile supuse procedurii de achiziție publică. Această cerință a existat în toate proiectele de reabilitare având chiar valori mai mari la Proiectul 2a („Reabilitarea liniei de cale ferată Frontieră - Curtici - Simeria, parte componentă a Coridorului IV Pan — European pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h: Tronsonul 2: km 614- Gurasada, subtronsonul 2a: km 614-Cap Y Bârzava”) de exemplu, proiect pe care Thales îl execută în acest moment, respectiv GSM-R 233 proiect actual: GSM-R 233 Echipamentul portabil va consta din (LC) 30 de unități portabile de uz general (GPH). Unitățile GPH vor fi de tip Smartphone cu sistem de operare Android și GPS incorporat, 100 unități operaționale portabile (OPH) (normale, nu de tip „shunting”), 20 de unități de tip shunting cu buton mare de operare montat pe cureaua de umăr, 180 SIM-uri. GSM-R 226 proiect 2a Echipamentul portabil va consta din (LC), 30 de unități portabile de uz general (GPH), 120 unități operaționale portabile (OPH) (normale, nu de tip „shunting”), 160 SIM-uri, 5 unități portabile de tip Triorail S75 cu aplicație Triotrace sau similare.

Deci, entitatea contractantă a precizat care este necesarul pentru acest proiect, amintind și de experiența concretă din proiectul executat chiar de contestatoare.

Sub acest aspect, Consiliul reține că societatea contestatoare nu poate dovedi, practic, vătămarea, din moment ce ea însăși a realizează în acest moment un contract pe acest coridor de transport, cunoscând, astfel, specificul lucrărilor.

Având în vedere cele de mai sus, dar și pentru argumentele reținute cu ocazia soluționării primei contestații, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de

În ceea ce privește cea de-a doua contestație formulată de ..., ce formează obiectul dosarului nr. ... (cea de-a treia contestație ce formează obiectul dosarului conexat), Consiliul reține că societatea contestatoare solicită anularea în integralitate a măsurilor de remediere

adoptate de autoritatea contractantă, obligarea CFR la luarea măsurilor de remediere necesare și adecvate în vederea punerii în aplicare a Deciziei nr. 178/2021 a Curții de Apel București și eliminării oricăror elemente care încalcă legislația și principiile achizițiilor publice și obligarea CFR la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație conform dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea formulează o sinteză a argumentelor, structurate după cum urmează:

1) Măsurile de remediere contestate încalcă Decizia CAB pronunțată în dosarul nr. 6941/2/2020 și întreține același efect anticoncurențial apreciat ca fiind nelegal de Curtea de Apel București;

2) Autoritatea contractantă nu a respectat obligațiile concrete impuse de Curtea de Apel București.

3) Remediul propus de CFR (constând în provizionarea unei sume de bani pentru lucrările de rescriere a software-ului) a fost deja stabilit de Curtea de Apel ca fiind insuficient.

4) Provizionarea unei sume de bani nu îi creează, oricum, nicio obligație operatorului care a instalat software-ul în trecut de a colabora cu competitorii săi.

5) Rezolvarea imaginată de CFR determină încălcarea legii în condițiile în care ofertanții sunt forțați să negocieze oferta pe care urmează să o depună în licitație chiar cu concurentul lor direct (ceea ce creează din start premisele distorsionării concurenței), acesta din urmă ajungând, de altfel, ca în același timp să fie și ofertant și subcontractant al celorlalți ofertanți.

6) Măsurile de remediere contestate nu doar că nu țin cont de necesitatea eliminării efectului anticoncurențial din stația Glogovăț (obligație prevăzută și prin Decizia CAB), ci chiar obligă ofertanții la efectuarea a mult mai multor lucrări de reconfigurare/adaptare/upgradare a unor instalații/sisteme implementate anterior de același operator concurent.

7) Efectul de captivitate („lock-in effect”) pe care îl poate avea achiziționarea unor sisteme ale unui operator într-un proiect etapizat, care poate fi dezvoltat secvențial, putea fi și trebuia gestionat altfel de CFR, prin asigurarea punctului de legătură între operatorii cu interese concurente (cum de altfel a și făcut-o în proceduri anterioare).

8) După cum a procedat și în alte proceduri, pentru asigurarea aceleiași finalități dar cu un risc de distorsionare a concurenței infinit mai mic, CFR ar fi trebuit, astfel, să pretindă ca ofertantul câștigător din prezenta procedură să asigure interfațarea sistemului din proiectul nou cu sistemul existent în proiectele învecinate.

9) În același timp, colaborând cu operatorul care a implementat proiectul anterior, CFR trebuia să asigure reconfigurarea / adaptarea / upgradarea sistemului vechi și interfațarea acestuia în vederea interconectării cu cel nou.

10) Legea nu permite negocieri directe între ofertanți în vederea elaborării ofertelor, astfel că interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul operatorilor economici, ci la nivelul entității contractante, prin mijlocirea asigurată de aceasta, adică prin achiziția simultană a concursului ambilor operatori care trebuie să își interfațeze produsele/serviciile.

11) Înlăturarea efectului anticoncurențial presupune în cazul de față: (i) eliminarea oricăror cerințe prin care entitatea contractantă solicită ofertanților să efectueze modificări în sistemele software și hardware pentru care CFR nu deține drepturi de proprietate intelectuală și (ii) precizarea la nivelul documentației de atribuire că ofertanților li se va cere doar asigurarea interfațării sistemelor din noul proiect cu cele din proiectul vecin.

Consiliul reține, cu caracter prealabil, că societatea contestatoare a solicitat studiul dosarului la Consiliu. Cererea contestatoarei va fi respinsă, având în vedere că documentația aferentă acestei proceduri a fost studiată în repetate rânduri, că toate documentele relevante se află, deja, în posesia părții respective, documentele fiind postate în SEAP, studiul nereprezentând altceva decât un pretext de a genera o nouă corespondență între părți, care ar complica și mai mult situația respectivului dosar. Părțile au avut cu prisosință posibilitatea să se apere, volumul documentelor elaborate suspuse analizei Consiliului fiind unul deosebit.

Înainte de a trece la analiza argumentelor din contestație, Consiliul are în vedere că petitele inițiale din plângerea adresată instanței au fost următoarele:

-în principal, modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în **modificarea documentației de atribuire și menționării exprese că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț (cu program de înzăvorâre nou) va fi în sarcina autorității;**

-în subsidiar, în **măsura în care instanța va aprecia că documentația de atribuire trebuie interpretată în sensul că rescrierea software-ului revine ofertantului câștigător, anularea procedurii pentru distorsionarea concurenței și încălcarea tratamentului egal.**

Prin decizia nr. 178/2021, instanța a reținut că *"5.3.2.10. în lumina celor prezentate, solicitarea petentei formulată în principal va fi admisă doar în parte, în sensul că entitatea contractantă va fi obligată la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației*

de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată".

Astfel, în decizia sa, instanța a apreciat că obligația de rescriere a softului aparține operatorului câștigător, a reținut efectul de restricționare a concurenței, în condițiile în care operațiunile de interconectare presupune acceptul operatorului care a executat tronsonul cu care urmează să se realizeze legătura, că raportul obligațional nu este unul clar, obligând entitatea contractantă la includerea în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe. Astfel, Curtea a considerat că precizările realizate de autoritatea contractantă în fața Consiliului, referitoare la posibilitatea rescrierii softului, repezintă, în realitate, o recunoaștere a faptului că cerințele vizând interconectarea tronsonului nou cu cel deja reabilitat sunt restrictive, favorizând pe operatorul care a executat acel tronson, iar clarificările din timpul procesului se impuneau a fi făcute de entitatea contractantă în mod exclusiv în cadrul procedurii de atribuire, fiind fără relevanță juridică împrejurarea că entitatea contractantă a adus aceste clarificări noi pe parcursul procesului de soluționare a contestației/plângerii, iar această împrejurare afectează legalitatea documentației de atribuire și validează criticile petentei sub acest aspect. Curtea a argumentat că „Pe parcursul soluționării contestației și a prezentei plângeri, raspunzând criticilor formulate de petenta-contestatoare, intimata-entitate contractantă a făcut o serie de precizări/clarificări privind documentația de atribuire și activitățile tehnice ce se impun a fi efectuate în stația Glogovăț, precizând următoarele:

- Cerințele privind asigurarea interoperabilității sistemelor sunt aplicabile proiectelor de reabilitate 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.**

- Cu privire la lucrările de instalații de semnalizare și centralizare (SCB) cuprinse în proiectul de modernizare a tronsonului feroviar Timișoara - Arad, **a precizat că „Instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel ca se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o ”.**

Pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea soft-ului din stațiile de capete deoarece configurația acestora se schimbă prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect care au nevoie de a fi adăugate configurate în softul instalației CE.

Lucrarea în discuție, de rescriere a softului, trebuie efectuată de orice ofertant, fiind necesară și vitală pentru buna funcționare interoperabilitatea celor două tronsoane.

Toate softurile din stațiile de capete de tronson se modifică pentru realizarea interconectării celor două tronsoane. Acest fapt implică acorduri economice și tehnice între constructori fără implicarea autorității contractante.

Situația de fapt nu poate fi înlăturată, conectarea celor două proiecte este o necesitate tehnică și operațională la care nu se poate renunța.

În primul rand, Curtea constată că toate aceste precizări/clarificări tehnice și juridice făcute de entitatea contractantă în fața Consiliului și ulterior, a instanței de contencios administrativ, **nu fac altceva decât să contureze și să confirme ideea unei documentații de atribuire incomplete și neclare, care nu respectă cerințele prevăzute de dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care prevăd expres obligația entității contractante de „a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.**

În mod evident, clarificările de această natură se impuneau a fi făcute de entitatea contractantă în mod exclusiv în cadrul procedurii de atribuire, **fiind fără relevanță juridică împrejurarea că entitatea contractantă a adus aceste clarificări noi pe parcursul procesului de soluționare a contestației/plângerii, iar această împrejurare afectează legalitatea documentației de atribuire și validează criticile petentei sub acest aspect.**

Apoi, se notează că entitatea contractantă a menționat faptul ca pentru realizarea interoperabilității între tronsoane **este necesară modificarea software-ului prin adaugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect, a precizat că lucrarea de rescriere a software-ului la stația Glogovăț trebuie efectuată de ofertant și a recunoscut că sunt necesare acorduri economice tehnice între constructori, fără implicarea entității contractante însă documentația de atribuire nu conține nicio mențiune privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț astfel încât sa se realizeze scopul tehnic, dar și respectarea prevederilor legale care impun înlăturarea oricărui element anticoncurențial. Simplele afirmații ale entității contractante în sensul ca „nu este avantajat un operator economic anume, pentru că indiferent de operatorul economic care va implementa prezentul proiect, se va evita avantajarea operatorului economic**

ce a implementat software-ul actual în stația Glogovăț deoarece suma alocată pentru rescrierea acestui software este aceeași pentru toți ofertanții și a fost inclusă în valoarea estimată pentru investiția de bază", nu sunt în măsură să clarifice aspectele menționate, nu dovedesc faptul că nu este avantajat operatorul concurent care a implementat anterior instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț nici nu fac dovada respectării tratamentului egal.

Curtea subliniază că aceste operațiuni de includere reprezintă operațiuni tehnico-juridice importante esențiale pentru derularea contractului, **entitatea contractantă având obligația de a indica cerințele tehnice și juridice în mod clar, astfel încât să fie fără echivoc conținutul obligațional fiecărui ofertant.**

Cu alte cuvinte, entitatea contractantă trebuia să indice/precizeze concret soluția tehnică de interconectare a software-urilor, aferentă funcționării instalației de centralizare electronică, afirmația că aceste operațiuni revin ofertanților, fără să stabilească în concret cum se va realiza din perspectiva realizării contractului și a respectării principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe consacrate de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, fiind incompletă și lipsită de claritate.

5.3.2.7. In ceea ce privește nerespectarea principiilor prevăzute de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea 99/2016, privind achizițiile sectoriale, **Curtea reține ca, prin criticile formulate, petenta a susținut că prin forma actuală a documentației de atribuire, care nu prevede care sunt limitele obligațiilor pe care ofertantul câștigător și le va asuma în ceea ce privește activitățile aferente stației Glogovăț nu cuprinde toate cerințele și precizările entității contractante privind rescrierea software-ului, se încalcă atât principiile egalității de tratament și transparenței care guvernează atribuirea contractelor de achiziții publice, cât și principiul liberei concurențe dintre ofertanți, determinând un efect anticoncurențial avantajarea nejustificată a operatorului concurent.**

Curtea reține că principiul nediscriminării, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 99/2016, presupune desfășurarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție sectorială într-un cadru competitiv real, asigurându-se operatorilor economici șansa efectivă de a participa la procedură, de a încheia contractul de achiziție.

În accepțiune juridică, concurența între operatorii economici în cadrul procedurilor de achiziție publică/sectorială implică confruntarea, rivalitatea dintre operatorii economici cu activități similare sau asemănătoare, exercitată în cadrul procedurilor de achiziție, în vederea încheierii contractului, în scopul obținerii de profit.

Prin intermediul achizițiilor publice/sectoriale, autoritățile contractante intervin pe piață, dar aceasta nu trebuie să afecteze concurența loială și nedistorsionată între operatorii economici participanți la procedurile de achiziție publică/sectorială.

Astfel, în aplicarea acestui principiu, autorităților contractante le incumbă obligația de a nu impune condiții discriminatorii în caietele de sarcini, de a nu stabili cerințe de calificare care să favorizeze anumiți participanți la procedura de achiziție publică/sectorială și de a nu discrimina potențialii ofertanți pe baza unor motive nejustificate.

Efectele respectării principiului nediscriminării în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție sunt dezvoltarea pieței unice a achizițiilor publice/sectoriale, crearea unui cadru competitiv real între operatorii economici participanți, eliminarea practicilor care restrâng concurența, garantarea unei participări cât mai largi a potențialilor ofertanți la procedură în optica asigurării eficienței utilizării a banilor publici.

Principiul egalității de tratament în materia achizițiilor sectoriale, consacrat de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, presupune ca pe tot parcursul procedurii de atribuire autoritatea contractante să stabilească să aplice reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, garantându-le șanse egale de atribuire a contractului.

Acest principiu trebuie să se reflecte într-o egalitate de oportunități, respectiv în tratamentul echitabil al operatorilor economici din perspectiva stabilirii cerințelor, precum și într-o egalitate de rezultat, respectiv tratamentul echitabil al operatorilor economici din perspectivă aplicării cerințelor.

Respectarea principiului tratamentului egal implică garantarea acelorași șanse în ceea ce privește formularea ofertelor tuturor ofertanților, comunicarea concomitentă către aceștia a ansamblului informațiilor necesare pentru derularea procedurii, înlăturarea subiectivismului autorității contractante în adoptarea deciziilor pe parcursul procedurii de atribuire.

Efectele respectării acestui principiu se concretizează în garantarea pentru toți participanții a acelorași șanse în formularea ofertelor, asigurarea imparțialității decizionale pe tot parcursul derulării contractului și garantarea concurenței reale între operatorii economici participanți la o procedură de achiziție publică”.

Prin urmare, motivul pentru care instanța a admis plângerea este recunoașterea implicită de către entitatea contractantă în fața Consiliului și a instanței a favorizării operatorului care a executat tronsonul de care urmează a se realiza interconectarea, instanța subliniind că aspectele formulate în apărare trebuiau clarificate în cadrul procedurii, prin formularea de cerințe clare pentru toți ofertanții, astfel încât aceștia să

cunoască întinderea raportului obligațional încă de la momentul depunerii ofertei.

Deși opinia Consiliului este aceea că apărările autorității erau unele subsidiare, în sensul că, în situația în care operatorul câștigător nu are posibilitatea negocierii și înțelegerii cu cel care a realizat interfața de legătură, atunci exista posibilitatea rescrierii integrale a softului, rațiunea fiind aceea că soluția abandonării lucrărilor efectuate și înlocuirii cu unele noi ar fi una vădit neeconomică. În acest sens, Consiliul are în vedere că prin clarificările care au urmat deciziei Consiliului, entitatea dezvoltă și răspunde solicitărilor operatorilor referitoare la soluțiile de interconectare în sistemul deja construit, tocmai acesta fiind și motivul pentru care contestatoarea susține că entitatea a abandonat singura soluție corectă propusă, respectiv rescrierea integrală a softului.

În cea de-a doua contestație, ...arată că prima contestație nu a rămas fără obiect, în condițiile în care măsurile de remediere dispuse prin adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu au răspuns criticilor și motivelor de contestare, că nu au fost modificate cerințele în sensul pretins de contestatoare, dar măsurile de remediere aduc unele reformulări care accentuează efectul anticoncurențial criticat (în plus, sunt cerute pentru prima dată și modificări hardware care potențează acest efect), că nu există nici măcar o identitate și o suprapunere perfectă între cele două acte emise CFR (de exemplu, în ceea ce privește cerințele privind activitățile MSC criticate pe larg în contestația din 28.12.2020, adresa CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu conține niciun fel de pretinsă măsură de remediere) și că nu conține nicio precizare cu privire la anularea, modificarea sau înlocuirea vreunei secțiuni din răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020, act de sine-stătător care, în lipsa revocării sau anulării, produce efecte și că doar anularea adresei CFR nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 nu este în măsură să înlăture toate elementele de nelegalitate, persistând în continuare cele existente în răspunsul consolidat publicat de CFR în SEAP la data de 18.12.2020.

Consiliul consideră că susținerile de mai sus sunt simple speculații.

Așa cum rezultă din conținutul clarificării consolidate, și cum pretinde însăși contestatoarea, în clarificarea consolidată autoritatea răspunde solicitărilor operatorilor economici referitoare la modalitatea în care urmează a se realiza interconectarea celor două tronsoane, prin menținerea interfeței existente.

Așa cum s-a arătat, soluția rescrierii integrale a softului și reutilării stației Glogovăt cu echipamentele aferente a apărut pe parcursul procesului, fiind îmbrățișată inclusiv de contestatoare, care arată în prima contestație, la pag. 14, punctul 30, că „Soluția corectă a fost propusă chiar de CFR - asigurarea de către CFR a rescrierii softului instalației CE din Stația Glogovăț (...)”. Ca urmare a deciziei Curții, entitatea a adus clarificări referitoare la operațiunea de rescriere a

softului, aceasta fiind, așa cum a dispus Curtea, în sarcina câștigătoarei procedurii.

Deci, în principiu, soluția rescrierii softului este una acceptată de părți, singura obiecție a contestatoarei fiind aceea că rescrierea ar trebui realizată de entitatea contractantă, aspect lămurit, însă, de instanță, în sensul că operațiunea de rescriere a softului este în sarcina operatorului declarat câștigător. Singura obligație reținută de instanță în sarcina entității este aceea a înlăturării efectului anticoncurențial prezent în documentație prin obligarea operatorului la negocieri cu cel care a executat inițial interfața, menționând stabiirea limitelor raportului obligațional.

Consiliul reține că din conținutul deciziei instanței citat mai sus, rezultă că aceasta a dispus publicarea transparentă a cerințelor referitoare la rescrierea softului, această soluție fiind implementată de autoritatea contractantă, care a stabilit în documentația de atribuire condițiile de rescriere a softului, respectiv: „Cap. 4.9 Instalații semnalizare, centralizare, bloc (SCB)– pag. 14

”În cadrul lucrărilor la instalațiile SCB proiectate, s-au prevăzut următoarele:

- Modernizarea instalațiilor centralizare din stații (de manipulare a semnalelor și macazurilor), prin înlocuirea acestora cu instalații de centralizare electronică (bazată pe tehnică de calcul); [...]
- Lucrări necesare în vederea interfațării cu loturile 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.”
- Detalierea lucrărilor necesare pentru rescriere (adaptare) software aferent Centralizării electronice din stația Glogovăț după cum urmează:
- Modificarea instalației CE din stația Glogovăț pentru adaptarea la noua configurație (inclusiv echipamente exterioare și testare);
- Modificare instalație ICCT Arad în concordanță cu noile configurații ale CE Glogovăț, respectiv liniile curente Glogovăț – Aradu Nou și Glogovăț – Arad;
- Modificare instalație IMTF Arad în concordanță cu noua configurație a CE Glogovăț;
- Integrare instalație BAT de la km 1+861, distanța Glogovăț – R4 Glogovăț, în instalația CE a stației Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Glogovăț – Aradu Nou, în instalația CE din stația Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Arad – Aradu Nou, în instalația CE din stația Arad ;

- Modificare instalație BLAI pe distanța Arad – Glogovăț;
- Modificare instalație RBC Arad pentru realizarea HOV Arad – Aradu Nou și HOV Glogovăț – Aradu Nou (anulare tranziție ieșire actuală din nivelul 2, modificare CMI în concordanță cu noua configurație a liniilor, suplimentare număr balize actual pentru noile fire de circulație, modificare SSP și gradienti, revalidări SW, etc.);
- Conectarea rețelei radio GSM-R în BSC instalate pe alte tronsoane;
- Conectare terminale CTS în centrala instalată în Arad;
- Efectuarea de teste comune pentru verificarea HOV inter-tronsonare (triunghiul Arad – Glogovăț – Aradu Nou)“.

Deci, în măsura în care contestatoarea a susținut soluția rescrierii, și nu pe cea a interfațării tronsonului nou și a interconectării cu interfața veche, iar entitatea a adoptat soluția propusă de contestatoare, aceasta din urmă nu poate veni ulterior să solicite lămurirea aspectelor din Clarificarea consolidată din 18.12.2020 referitoare la interconectarea celor două interfețe, din moment ce soluția solicitată de ea a fost adoptată de autoritate, ca urmare a deciziei Curții, doar în parte, respectiv stabilirea limitelor raportului obligațional. Este clar că acest demers al contestatoarei are drept scop sublinierea dificultăților realizării integrale a instalațiilor SCB din sectorul Arad – Glogovăț – Aradu Nou, de către operatorul ce va fi declarat câștigător, subliniind, în continuare, necesitatea realizării acestor lucrări de către entitatea contractantă, aspect soluționat definitiv de către Curte.

Astfel, din moment ce documentația nu mai limitează opțiunile tehnice ale proiectantului la soluția tehnică a interconectării celor două interfețe, ci oferă posibilitatea realizării integrale a conexiunii prin rescrierea softului, a susține că informațiile referitoare la respectiva interconectare sunt insuficiente, apare ca fiind lipsit de sens. Prin urmare, dacă operatorul a considerat restrictivă și discriminatorie soluția interconectării, iar autoritatea s-a arătat dispusă să accepte soluția rescrierii softului, instanța obligând-o la publicarea specificațiilor respective, nu poate ulterior să revină la soluția interconectării criticată anterior și să ceară amănunte despre realizarea acesteia. Din moment ce operatorul are la îndemână și altă posibilitate tehnică, pe care el însuși o consideră bună, nu mai poate critica soluția inițială, acest aspect fiind depășit prin emiterea deciziei Curții.

În ceea ce privește modalitatea punerii în aplicare a Deciziei CAB, contestatoarea arată că CFR a emis și publicat în SEAP adresa nr. 1.D/2/1155/11.06.2021 referitoare la măsurile de remediere a documentației de atribuire ("Măsurile de Remediere Contestate") prin care a indicat cât din valoarea estimată a procedurii este alocat (provizionat) pentru realizarea activităților necesare rescrierii software-ului din stația Glogovăț, însă nu a precizat condițiile de efectuare a

operațiunii de rescriere a software-ului astfel cum era impus prin Decizia CAB, a completat caietul de sarcini cu activitatea de modificare a instalației CE din stația Glogovăț (fără să indice, însă, cum va fi realizată aceasta), a completat caietul de sarcini cu activități noi de integrare, modificare sau conectare a instalațiilor ICCT Arad, IMTF Arad, BLAI, RBC Arad, BAT, a rețelei radio GSM-R și a terminalelor CTS, astfel încât acestea să fie în concordanță cu noua configurație a instalației CE din stația Glogovăț, precum și cu activități de testare comună pentru verificarea HOV inter-tronsonare (însă nu a arătat modalitatea în care aceste activități urmează a fi realizate fără încălcarea legislației și principiilor achizițiilor publice).

Consiliul reține că respectivele critici sunt nefondate, în condițiile în care, așa cum s-a arătat, contractul este unul de proiectare și execuție, soluțiile tehnice concrete fiind identificate de operatorul ce va fi declarat câștigător. Dimpotrivă, dacă entitatea ar fi indicat anumite soluții concrete, s-ar fi ajuns în situația în care anumiți operatori ar fi fost defavorizați, fiind cert că orice soluție aleasă ar fi trimis într-o anumită direcție. Contestatoarea nu dovedește un anumit efect anticoncurențial, mai cu seamă că ea însăși s-a arătat mulțumită de soluția rescrierii softului. Faptul că această soluție era acceptată în condițiile în care operațiunea rescrierii era realizată de entitatea contractantă, este lipsit de relevanță, din moment ce decizia Curții a stabilit, cu autoritate de lucru judecat, că această operațiune este în sarcina operatorului câștigător.

Faptul că se adaugă noi activități nu sporește efectul anticoncurențial, așa cum pretinde contestatoarea, din moment ce aceste activități sunt adăugate ca urmare a deciziei Curții, în urma apărărilor autorității contractante, pentru înlăturarea efectului de dependență față de executantul inițial. În fond, soluția adoptată de autoritatea contractantă derivă din decizia Curții, dispusă la solicitarea contestatoarei, astfel că aceasta nu se poate plânge, la acest moment, că oricum, la un moment dat trebuie să se integreze în instalațiile deja executate. Tocmai pentru faptul că CFR a clarificat că nu deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-urilor instalațiilor și echipamentelor s-a ales soluția rescrierii softului, ori a pretinde, în acest moment, că nici această soluție nu este suficientă, echivalează cu abandonarea integrală a proiectului sau demolarea tronsonului vechi pentru a fi înlocuit cu altul nou. Este clar că orice soluție tehnică presupune interconectarea la un moment dat, acestea fiind regulile în toată lumea, calea ferată fiind cursivă.

Insistența contestatoarei în sensul că *„Interoperabilitatea poate fi asigurată dacă, pe de o parte, ofertantul câștigător asigură interfațarea sistemului ce urmează a fi implementat în proiectul nou cu sistemul existent în stația Glogovăț, dar în același timp entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului din stația Glogovăț și interfațarea*

sistemului anterior implementat în această stație cu sistemul nou din proiect. Doar în felul acesta ofertanților nu le este impusă obligația de a obține ofertă de la operatorul care a implementat instalația din stația Glogovăț cu care va concura în mod direct în licitație – acesta reprezentând un efect anticoncurențial care trebuie înlăturat din procedură” nu poate face obiectul unei noi analize a Consiliului, din moment ce aspectul în cauză a fost soluționat definitiv. Astfel, nu au fost exercitate împotriva hotărârii căi extraordinare de atac în sensul că s-ar fi dat altceva decât s-a solicitat, respectiv că instanța a reținut că ofertantul câștigător trebuie să realizeze rescrierea softului, și nu entitatea contractantă, așa cum ceruse, de fapt, petenta. Din paragraful anterior rezultă că societatea contestatoare dorește să revină la soluția interfațării în vederea interconectării de către entitatea contractantă, aspect ce ar genera consecințe tehnice majore, respectiv intervenția autorității pe tronsoane realizate de antreprenori, cu diminuarea răspunderii acestora, în ceea ce privește calitatea lucrărilor. Astfel, contestatoarea demonstrează că s-a răzgândit, că în realitate, soluția interfațării era cea mai bună, cu condiția ca entitatea să realizeze interconectarea.

Consiliul reține că paragraful citat de contestatoare din decizia Curții potrivit căruia CFR *”a făcut o serie de precizări/clarificări privind documentația de atribuire și activitățile tehnice ce se impun a fi efectuate în stația Glogovăț, precizând următoarele:*

- *Cerințele privind asigurarea interoperabilității sistemelor sunt aplicabile proiectelor de reabilitate 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.*

- *Cu privire la lucrările de instalații de semnalizare și centralizare (SCB) cuprinse în proiectul de modernizare a tronsonului feroviar Timișoara – Arad, a precizat că „Instalația CE de la Glogovăț va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o”.*

- *Pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea soft-ului din stațiile de capete deoarece configurațiile acestora se schimbă prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect care au nevoie de a fi adăugate și configurate în softul instalației CE.*

- *Lucrarea în discuție, de rescriere a softului, trebuie efectuată de orice ofertant, fiind necesară și vitală pentru buna funcționare și interoperabilitatea celor două tronsoane.*

- *Toate softurile din stațiile de capete de tronson se modifică pentru realizarea interconectării celor două tronsoane. Acest fapt implică acorduri economice și tehnice între constructori, fără implicarea autorității contractante”* ar avea drept scop ilustrarea preocupării CFR de

a arunca în sarcina ofertanților problematica rezolvării efectului de captivitate (lock-in effect) și a efectului anticoncurențial inerent existent în cazul lucrărilor de modificare a sistemelor instalate în trecut de Alstom, este incorect interpretat de petentă, în realitate, așa cum se arată din întregul paragraf citat mai sus, menționarea acestor elemente venind în argumentarea ideii referitoare la neclaritatea documentației de atribuire, fiind considerate elemente de recunoaștere implicită a necesității clarificării întinderii raportului obligațional.

Că aceasta este interpretarea corectă, derivă și din faptul că instanța a stabilit, *expressis verbis*, obligația autorității contractante de a publica în cadrul documentației de atribuire a mențiunilor privind condițiile de efectuare a operațiunii de rescriere a software-ului instalației de centralizare electronice din stația Glogovăț, cu respectarea principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, **urmând a fi respinsă ca neîntemeiată**. Deci, instanța nu a reținut aruncarea în sarcina ofertanților a problematicii rezolvării efectului de captivitate (lock-in effect) și a efectului anticoncurențial inerent existent în cazul lucrărilor de modificare a sistemelor instalate în trecut de Alstom, prin acest text, ci pentru rezolvarea acestei chestiuni, a dispus menționarea în cadrul documentației a condițiilor de rescriere a softului, respectiv stabilirea limitelor raportului obligațional. A se plânge de menținerea în sarcina operatorilor a obligației rescrierii softului înseamnă că, în fapt, se pune în discuție tocmai autoritatea de lucru judecat, decizia instanței având două componente, partea admisă și partea respinsă a plângerii, neputându-se face apel doar la partea favorabilă a ei, ignorând partea defavorabilă. Deci, indiferent dacă îi convine, sau nu, contestatoarei, aceasta are autoritate de lucru judecat și în partea admisă, și în partea respinsă, critica fiind respinsă ca nefondată.

Prin urmare, soluția rescrierii integrale a softului nu poate fi considerată restrictivă, din moment ce ea a fost agreată de instanță, soluția instanței fiind doar în sensul precizării limitelor raportului obligațional, prin stabilirea de specificații clare în acest sens, aspect care s-a și produs.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia provizionarea unei anumite sume de 5.040.343 RON, pe lângă faptul că reduce substanțial bugetul alocat celorlalte lucrări, este o măsură asupra căreia Curtea de Apel deja s-a pronunțat că nu este suficientă, și cuantificarea valorică a activității de rescriere a software-ului nici nu e indicată prin Decizia CAB, Consiliul reține că provizionarea unei sume nu poate fi decât în beneficiul operatorilor, neputându-se reține vătămarea lor. În același timp, nu se poate reține nici că au fost preluate de la alte

lucrări, în condițiile în care nu există liste de catități cu valori care să fi fost modificate, iar valoarea estimată cuprinde rezerve importante. Referirea din decizia Curții are în vedere faptul că suficiența fondurilor nu rezolvă problema întinderii raportului obligațional, care trebuie stabilită anticipat, în cadrul procedurii de atribuire.

Consiliul mai reține că, dacă s-ar da curs solicitării contestatoarei referitoare la faptul că „lucrările aferente realizării acestor cerințe suplimentare se pot executa doar de către același operator concurent care a implementat în trecut instalațiile/sistemele, deoarece doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului implementat și cunoaște detaliile acestuia și modul de funcționare, precum și modul de intervenție asupra lor”, s-ar pune în discuție exact partea deciziei Curții care stabilește în sarcina operatorului câștigător realizarea interconectării celor două tronsoane. Astfel, soluția dispusă a fost aceea a abandonării soluției vechi și crearea unei soluții noi, integrale, de interconectare a celor două tronsoane, nemaiprezentând, astfel, nicio relevanță dreptul de proprietate intelectuală și codul sursă.

Așa cum rezultă inclusiv din speța dintr-o altă țară membră UE, prezentată de contestatoare, fiecare executant al unei căi ferate are drept de proprietate intelectuală, codul sursă nefiind transmis. De altfel, chiar și contestatoarea reunoaște acest lucru, din moment ce ea însăși susține că nu poate face interconectarea pe proprietatea altui operator, solicitarea sa fiind ca această interconectare se realizeze de către entitatea contractantă. Contestatoarea nu răspunde, însă, la o întrebare: Dacă ea va câștiga contractul, va ceda codul sursă al propriei sale interfețe? Să presupunem că entitatea acceptă să rezolve singură această problemă, cum va reuși să „împace” cele două soluții, în situația în care nu are codurile sursă ale niciuneia dintre ele? Cum se va asigura, atunci, problema siguranței călătorilor? Dacă îl va mandata pe primul operator să realizeze conexiunea, operatorul câștigător, presupunând că este contestatoarea, îi va permite accesul pe partea executată de ea, va ceda codul sursă? Aceleași probleme pe care le ridică contestatoarea vis-a-vis de soluția existentă pe tronsonul deja executat se vor pune în orice altă situație, orice soluție presupunând colaborarea între operatorii economici, aspect care rezultă și din susținerile contestatoarei, din cea de-a treia contestație.

Astfel, aceasta susține că interfața realizată de operatorul anterior nu poate fi modificată de ea, nu poate interveni prin rescrierea softului, nu îi poate înlocui echipamentele cu unele noi, că ea doar poate realiza interfața de legătură fără să realizeze operațiunile de interconectare, susținând, la acest moment, că rescrierea softului nu rezolvă problema, că de fapt, această soluție este mai grea decât prima, solicitând revenirea la interfațarea solicitată inițial, cu obligarea entității

contractante la realizarea conexiunii, în acord cu practica entității din Croația.

În realitate, tocmai acest lucru nu se poate realiza, din moment ce Curtea de apel a reținut obligația operatorului câștigător de a realiza interconectarea. În actul Comisiei din Croația, invocat de contestatoare, situația documentației de atribuire criticată de cele două contestatoare vizează aspecte ce relevă similitudinea situației din acest moment din speța de față, respectiv că noul operator trebuia, în opinia contestatoarelor, să realizeze modificarea software-ului instalației de centralizare electronică (ESSU) implementate în cadrul unui proiect anterior, inclusiv a sistemului interlocking SIMIS W instalat de către subsidiara Siemens. Consiliul va folosi exact pasajul citat de aceasta, pentru a sublinia similitudinea spețelor, invocată și de contestatoare. După cum rezultă din pasajul citat de contestatoare, *„Beneficiarul în răspunsul său la reclamație susține că în mod clar din punct de vedere tehnic ajustarea ESSU KRIZEVCI (lip dispozitiv existent este SIMIS W) și **modificarea software-ului ESSU poate efectua doar firma SIEMENS care are drepturile proprietății intelectuale și autorizațiile necesare pentru dispozitivul SIMIS W, dar că va modifica partea din documentația privind achiziția pentru a face posibilă tuturor firmelor să participe la licitație. De asemenea susține că, contrar celor menționate de ofertant, SIEMENS nu a fost niciodată inclusă în procedura achiziției publice pentru acest tronson**”*.

Prin urmare, deși în documentația de atribuire nu se stabilise nimic în sensul includerii SIEMENS în contract, deci nu le obliga pe cele două contestatoare (ALSTOM și DIV-Grupa) să îl includă ca subcontractant pe SIEMENS, interconectarea presupunea implicarea acestuia, întrucât doar SIEMENS care are drepturile proprietății intelectuale și autorizațiile necesare pentru dispozitivul SIMIS W. În clarificările operate de entitatea croată, aceasta a stabilit care sunt obligațiile SIEMENS, respectiv „Conform art. 5 din Contractul ... în baza unei prescripții speciale, subcontractantul nominalizat Siemens va executa toate lucrările de suprastructură la ESSU Krizevci. Aceste lucrări vor cuprinde :

- montarea dispozitivelor de instalare a macazurilor și aparatelor de control ale schimbătoarelor de cale de la noile macazuri 25, 26 și 27

- montarea semnalelor de intrare B1 și B2, inclusiv a indicatoarelor de viteză și balizelor instalațiilor autostop(...)

10. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 1.3.4.2.5 Spațiile interfață ale gării

La sfârșitul capitolului se adaugă textul:

"Interfața către gara Krizevci se va executa conform datelor tehnice ale subcontractantului nominalizat Siemens, care va executa adaptarea ESSU la gara Krizevci".

11. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 1.3.4.3.1 Gara Krizevci La sfârșitul capitolului se adaugă textul:

"Lucrările la sistemul de încălzire a macazurilor din gara Krizevci se vor executa de către subcontractantul nominalizat Siemens".

15. Vol.III - Secțiunea 1. Specificații tehnice - cap. 2.3.1. Responsabilitățile executantului

La sfârșitul punctului se adaugă textul:

"e) Conform art. 5 din Contractul OU, Executantul, trebuie ca pe baza unei reglementări speciale, **să-l desemneze pe subcontractantul nominalizat Siemens**, care va executa toate lucrările și documentația prevăzută la punctele din Specificațiile tehnice I. Volumul III, Secțiunea 1, capitolele (1.3.4.2.1.,1.3.4.2.5.,1.3.4.3.1,1.3.4.5.3.,1.3.4.7.4).

Subexecutantul desemnat este obligat să armonizeze dinamica sa de execuție a lucrărilor cu Executantul lucrărilor. Executantul este obligat să preia toate raporturile reciproce dintre executant și subexecutantul desemnat, fără riscuri pentru Comanditar. Comanditarul în baza unui acord separat încheiat cu subexecutantul desemnat, va face posibil să existe prețuri și condiții egale de execuție a lucrărilor respective, care vor fi aceleași pentru toți ofertanții în cadrul procedurii de achiziții".

După cum susține chiar contestatoarea ulterior, autoritatea din Croația a revenit și prin clarificările publicate în data de 21.02.2019 a stabilit că lucrările de modificare a sistemelor instalate anterior de Siemens nu fac obiectul procedurii de achiziție și vor fi "regularizate de beneficiar prin contract separat".

Acest exemplu nu poate fi, însă, adaptat situației din speța de față, în condițiile în care, așa cum a stabilit Curtea, la solicitarea inclusiv a contestatoarei, nu poate fi impus unui operator economic să negocieze cu un terț competitor. După cum rezultă din cauză, Comisia de soluționare a contestațiilor din Croația a luat act de recunoașterea entității croate, neexistând obligații dispuse de Comisie. Entitatea din Croația a stabilit, inițial, implicarea fostului executant ca și subcontractant desemnat, pentru ca ulterior, să renunțe la această soluție, alegând să încheie, pentru lucrările respective, un contract separat pentru partea de interconectare în tronsonul executat.

Deși Consiliul nu are toate datele respectivei proceduri, este de remarcat că nici soluțiile respective nu au fost unele perfecte, așa cum este și situația de față. Este cert că și entitatea din Croația a constatat, ulterior primelor modificări, că nu poate obliga un operator să desemneze ca subcontractant un concurent tradițional, din moment ce a renunțat ulterior la această soluție, alegând să elimine din obiectul contractului interconectarea. De asemenea, nu se cunoaște dacă, la acest moment, contractul a fost atribuit și către ce ofertant, dacă lucrările au fost finalizate și cum s-a realizat, practic, interconectarea celor două tronsoane, respectiv cum a reușit ... să „împace” cele două soluții de interfațare, în situația în care noul contract a fost câștigat de

un alt operator economic. Deci, exemplul dat nu vine în sprijinul procedurii, ci dimpotrivă, subliniază dificultățile acestui tip de contract, rezultând, aşadar, că problema identificată în documentațiile CFR se întâlneşte şi în alte documentații. Exemplul ar fi fost relevant dacă ar fi demonstrat că soluția practică adoptată nu a produs ulterior sincope şi nu au apărut probleme între executanții celor două tronsoane ulterior. Ceea ce este cert, este faptul că şi situația expusă presupune o colaborare între vechiul şi noul executant, indiferent cine va realiza, propriu-zis, lucrările de interconectare. Cert este că indiferent dacă autoritatea va încheia cu vechiul executant un contract separat, în orice situație, părțile respectivului contract trebuie să colaboreze cu noul executant.

Consiliul reține că Decizia Curții de Apel s-a stabilit că noul ofertant va realiza interconectarea, şi nu entitatea sau executantul primului tronson. Prin urmare, faptul că autoritatea din Croația a prevăzut ab initio că modificarea echipamentelor Siemens pre-existente nu face parte din contract, pe când autoritatea din România nu a prevăzut acest lucru, este o chestiune depăşită, fiind soluționată cu autoritate de lucru judecat.

Consiliul mai reține ca relevante şi cele reținute în decizia sa anterioară, aspecte nemodificate de Curte, respectiv faptul că „sustinerea contestatoarei conform căreia *«Se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct şi 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 şi Execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeş - Timișoara - Arad, Lot 4 Ronaț Triai Gr.D – ARAD" **alta decât favorizarea evidentă a lui ALSTOM**, în vederea atribuirii întregului contract către acesta»* apare ca fiind nefondată, pe de o parte, că nici părțile şi 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 economic potrivit căreia *«Operatorul concurent este favorizat şi prin faptul că în ceea ce priveşte 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" şi "Specificația tehnică Anexa 2" creând, iarăşi, un avantaj direct acestuia»*** (pct. 81 din contestație) este pur speculativă, pe de o parte, pentru faptul că potrivit dispozițiilor legale, cea care stabileşte 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, stabilă, operatorul nemaiavând 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 CFR 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”.

După cum rezultă din Decizia Curții de apel, niciunul din considerentele deciziei Consiliului nu a fost invalidat, singurul aspect pentru care a fost admisă contestația referindu-se la susținerea entității contractante din punctul de vedere referitoare la posibilitatea operatorului de a rescrie integral softul de interconectare, în condițiile în care documentația de atribuire nu a prevăzut acest lucru.

Prin urmare, singurul aspect pe care trebuie să se pronunțe Consiliul este dacă entitatea contractantă a adus la îndeplinire decizia Curții, respectiv a stabilit clar în documentația de atribuire, obligația la publicarea transparentă a cerințelor referitoare la rescrierea softului, această soluție fiind implementată de entitatea contractantă, care a stabilit în documentația de atribuire condițiile de rescriere a softului, respectiv: „Cap. 4.9 Instalații semnalizare, centralizare, bloc (SCB)– pag. 14

”În cadrul lucrărilor la instalațiile SCB proiectate, s-au prevăzut următoarele:

- Modernizarea instalațiilor centralizare din stații (de manipulare a semnalelor și macazurilor), prin înlocuirea acestora cu instalații de centralizare electronică (bazată pe tehnică de calcul); [...]
- Lucrări necesare în vederea interfațării cu loturile 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.”
- Detalierea lucrărilor necesare pentru rescriere (adaptare) software aferent Centralizării electronice din stația Glogovăț după cum urmează:
- Modificarea instalației CE din stația Glogovăț pentru adaptarea la noua configurație (inclusiv echipamente exterioare și testare);
- Modificare instalație ICCT Arad în concordanță cu noile configurații ale CE Glogovăț, respectiv liniile curențe Glogovăț – Aradu Nou și Glogovăț – Arad;
- Modificare instalație IMTF Arad în concordanță cu noua configurație a CE Glogovăț;
- Integrare instalație BAT de la km 1+861, distanța Glogovăț – R4 Glogovăț, în instalația CE a stației Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Glogovăț – Aradu Nou, în instalația CE din stația Glogovăț;
- Integrare instalație BLAI de pe distanța Arad – Aradu Nou, în instalația CE din stația Arad ;
- Modificare instalație BLAI pe distanța Arad – Glogovăț;

- Modificare instalație RBC Arad pentru realizarea HOV Arad – Aradu Nou și HOV Glogovăț – Aradu Nou (anulare tranziție ieșire actuală din nivelul 2, modificare CMI în concordanță cu noua configurație a liniilor, suplimentare număr balize actual pentru noile fire de circulație, modificare SSP și gradienti, revalidări SW, etc.);
- Conectarea rețelei radio GSM-R în BSC instalate pe alte tronsoane;
- Conectare terminale CTS în centrala instalată în Arad;
- Efectuarea de teste comune pentru verificarea HOV inter-tronsonare (triunghiul Arad – Glogovăț – Aradu Nou)''.

În aceste condiții, Consiliul reține că unica obligație stabilită de Curtea de apel prin decizia sa a fost adusă la îndeplinire, neputându-se reține criticile conestatoarei care vizează, în principal, înlăturarea obligației din sarcina operatorului economic câștigător de realizare a interconectării în tronsonul anterior, aspect lămurit, deja, de Curtea de Apel București.

În sprijinul celor reținute mai sus și al punctului de vedere exprimat de entitatea contractantă, este și punctul de vedere exprimat de Conf. dr. ing. ec. ..., depus de contestatoare, care nu îi este favorabil contestatoarei, ci dimpotrivă, în condițiile în care acesta vorbește de *„software-ul proprietar sau închis este văzut, în general, ca fiind mai sigur, deoarece este dezvoltat și controlat de o echipă concentrată cu o direcție comună. Această echipă este singurul grup care poate vizualiza sau edita codul sursă ce stă la baza software-ului dezvoltat de fiecare operator economic în mod independent, care este dezvoltat și auditat în mod continuu, privind securitatea cibernetică iar riscul de troieni (sau alte tipuri de viruși software) sau erori este redus. Această restricție tehnică și nu numai, referitoare la modificările sistemului, asigură securitate cibernetică și nivelul de siguranță SIL, cerut pentru implementarea software-ului proprietar.*

Aproape toate produsele de pe piața feroviară se bazează pe diferite aplicații software proprietare, având ca rezultat, pe tot parcursul vieții produsului, o dependență de producătorii originali, provocând costuri ridicate ale ciclului de viață pentru managerii de infrastructură, deoarece adaptările sistemului trebuie efectuate exclusiv de către producătoril/dezvoltatorul sistemului proprietar, acesta fiind singurul care deține drepturile de proprietate intelectuală care îi permit să intervină asupra acestui sistem. Elementul cheie pentru îmbunătățirea situației ar putea fi un grad mai mare de standardizare pentru: arhitectura sistemului, componentele hardware și software, metode și tehnici de programare, testare și validare și instrumente software''.

Astfel, specialistul consultat de contestatoare confirmă existența pe piața de specialitate a unor sisteme software proprietare sau închise, pentru creșterea siguranței, astfel încât acestea să nu fie accesate facil.

Specialistul recunoaște, pentru acest domeniu, existența unui sistem încriptat al informațiilor la care are acces doar echipa de implementare, tocmai pentru ca aceste informații vulnerabile, de siguranță națională, să fie protejate, aspect care generează costuri importante pentru managerii de infrastructură. Soluțiile propuse pentru remedierea acestei situații nu sunt la îndemâna entității contractante din prezenta cauză, expertul propunând un grad mai mare de standardizare pentru elementele sistemului.

Materialul elaborat la solicitarea contestatoarei de expertul respectiv confirmă atât varianta inițială a documentației de atribuire, respectiv existența softurilor proprietare și necesitatea cooperării între operatorii proprietari pentru asigurarea interoperabilității, dar și varianta renunțării la softul proprietatea altui operator și rescrierea integrală a unui nou soft. În acest sens, la pct. 3.8 din acest material se arată că modificările unor module software se pot face de firma care a proiectat și dezvoltat aplicația software, și că toate modificările vor genera un proces nou de testare și validare, în care vor fi incluse noile module. Concluziile expertului nu infirmă cu nimic varianta rescrierii integrale a unui soft, cesta referindu-se doar la situația modificării, care poate fi realizată de un dezvoltator.

Nicăieri nu se menționează că soluția rescrierii de către beneficiar ar fi benefică, ci dimpotrivă, această soluție este criticată, considerată nesigură. În acest sens, la pct. 4, specialistul contestatoarei arată că *«Apariția sistemelor cu software open source asigură independența beneficiarului, dar crează probleme importante în ceea ce privește securitatea cibernetică, aceste sisteme fiind vulnerabile la atacurile cibernetice, sabotaj sau spionaj. Până acum nu a fost stabilit un standard pentru securitate cibernetică pentru aplicațiile feroviare (...) standardul IEC 62443 este adesea folosit (...). Căile ferate sunt considerate un „domeniu sigur”, în ceea ce privește problemele legate de securitatea cibernetică, **în principal, pentru că se bazează pe componente hardware și software proprietare, segregate, cu protocoale specifice pentru managementul informației, comunicații și semnalizare**»*.

Prin prisma acestui document, se pune în discuție legitimitatea acestui demers promovat de contestatoare, în condițiile în care demonstrează, odată în plus, că toate aplicațiile feroviare, pentru a fi sigure, folosesc soluții software proprietare, că niciun operator nu poate modifica soluția elaborată de alt operator, că în caz de modificare, integrarea modulelor modificate se realizează ca la prima implementare, pentru toată aplicația. Deci, practica comunicării între operatorii care au realizat diverse sisteme de comunicații, indiferent dacă se realizează un punct de interoperabilitate comun, presupune colaborarea de-a lungul timpului între aceștia, pentru motive de siguranță a circulației. Sub acest aspect, tocmai baza demersului contestator promovat prin prezenta

apare a fi inutil și vădit șicanator, scopul contestației fiind doar acela de a elimina dintre obligațiile operatorului ce va fi declarat câștigător obligația interconectării cu un operator care se dovedește a fi adversarul său (a se vedea litigiul din Croația), transferându-le entității, în condițiile în care transferarea codurilor sursă nu este de dorit, pentru argumentele subliniate de expert. Având în vedere că tocmai scopul urmărit de contestatoare, acela de a se degreva de obligația realizării integrale a softului și transmiterea acestei obligații în sarcina entității, a fost soluționat irevocabil de către Curtea de Apel București, Consiliul constată că există autoritate de lucru judecat pe aceste aspecte, nemaiputându-se soluționa aceste critici ale contestatoarei.

Prin prisma materialului elaborat de expert rămâne, practic, fără argumente contestatoarea atunci când susține efectul de captivitate („lock-in effect”), din moment ce expertul susține, *expressis verbis*, teoria conform căreia *„Căile ferate sunt considerate un „domeniu sigur”, în ceea ce privește problemele legate de securitatea cibernetică, în principal, pentru că se bazează pe componente hardware și software proprietare, segregate, cu protocoale specifice pentru managementul informației, comunicații și semnalizare”*, și că *„Această restricție tehnică și nu numai, referitoare la modificările sistemului, asigură securitate cibernetică și nivelul de siguranță SIL, cerut pentru implementarea software-ului proprietar”*. Astfel, ca o concluzie, dacă vorbim de softuri proprietare, implementarea trebuie realizată, așa cum a reținut și Curtea, în decizia sa, *„Toate softurile din stațiile de capete de tronson se modifică pentru realizarea interconectării celor două tronsoane. Acest fapt implică acorduri economice și tehnice între constructori, fără implicarea autorității contractante”*, obligând entitatea contractantă la publicarea informațiilor referitoare la operațiunea de rescriere a softului, în condițiile în care *„Lucrarea în discuție, de rescriere a softului, trebuie efectuată de orice ofertant, fiind necesară și vitală pentru buna funcționare și interoperabilitatea celor două tronsoane”*. Prin urmare, probatoriul prezentat de contestatoare nu numai că nu vine în apărarea sa, în sensul că entitatea ar trebui să realizeze rescrierea softului, având în vedere că expertul susține că doar echipa de dezvoltare a softului poate interveni, deci nu poate interveni entitatea contractantă, ci dimpotrivă, opinia expertului confirmă susținerile entității contractante.

Este evident că au apărut cerințe clarificate și altele complet noi, cum ar fi cele menționate de contestatoare, acesta fiind sensul deciziei Curții, în partea sa admisă, deci favorabilă contestatoarei. Astfel, instanța a dispus publicarea condițiilor rescrierii softului, arătând că acestea nu au fost precizate în documentație, deci sunt specificații tehnice noi. Contestația în analiză dovedește clar că scopul contestatoarei nu a fost lămurirea documentației de atribuire, în sensul rescrierii softului, ci în sensul eliminării din documentație a lucrărilor

aferente liniei CF Aradu Nou - Glogovăț (indicativ 220) pe o distanță de cca. 7 kilometri și a obligației realizării operațiunilor de interconectare, aspecte care au intrat în autoritatea de lucru judecat, neputând forma obiectul unei noi analize.

Consiliul reține că și soluția achiziționării de către entitatea contractantă, în cadrul unei proceduri distincte, a unor servicii și lucrări suplimentare din partea operatorului concurent, printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare apare ca fiind, deja, soluționată de Curte, în condițiile în care solicitarea contestatoarei în acest sens a fost respinsă, Curtea menționând expres că *„solicitarea petentei de obligare la modificarea documentației de atribuire în sensul menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neîntemeiată”*.

Consiliul mai reține că la acest moment, nu există vreun risc privind insuficiența fondurilor, dovedit de contestatoare, iar Curtea nu a reținut vreun astfel de argument și nu a dispus suplimentarea fondurilor. Astfel, Curtea a reținut că „Simplele afirmații ale entității contractante în sensul ca „nu este avantajat un operator economic anume, pentru că indiferent de operatorul economic care va implementa prezentul proiect, se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat software-ul actual în stația Glogovăț **deoarece suma alocată pentru rescrierea acestui software este aceeași pentru toți ofertanții și a fost inclusă în valoarea estimată pentru investiția de bază**”, nu sunt în măsură să clarifice aspectele menționate, nu dovedesc faptul că nu este avantajat operatorul concurent care a implementat anterior instalația de centralizare electronică în stația Glogovăț nici nu fac dovada respectării tratamentului egal”. Deci, Curtea a reținut doar necesitatea completării documentației de atribuire, nu și completarea valorii estimate.

Drept urmare a celor reținute, Consiliul constată, în ceea ce privește sinteza argumentelor expusă de contestatoare, că măsurile de remediere contestate respectă decizia CAB, că remediu propus de CFR (constând în provizionarea unei sume de bani pentru lucrările de rescriere a software-ului) despre care contestatoarea susține că ar fi insuficient în opinia sa, este completat de publicarea condițiilor referitoare la rescrierea software-ului, că, din moment ce s-a adoptat soluția rescrierii integrale a softului, și nu modificarea sa, este lipsită de importanță dorința de colaborare cu competitorii săi a operatorului care a instalat software-ul în trecut.

De asemenea, rezolvarea imaginată de CFR, despre care contestatoarea susține că ar încălca legea, nimic din documentația de atribuire nefiind de natură a-l obliga pe executantul inițial să fie, în același timp, și ofertant și subcontractant al celorlalți ofertanți. Măsurile de remediere contestate dau curs deciziei Curții, oferind soluția rescrierii

integrale a softului, deci se înlătură efectul de captivitate („lock-in effect”).

Soluția reconfigurării de către CFR a sistemului de interconectare între cele două interfețe realizate de operatori este depășită la acest momernt, în condițiile în care Curtea a stabilit definitiv obligația operatorului câștigător de a realiza interconectarea.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate contestațiile formulate de SC ... SRL și de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

În temeiul art. 64 din Codul de procedură civilă, va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție în favoarea ... SRL formulată de către ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate contestațiile formulate de SC ... SRL și de SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

În temeiul art. 64 din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție în favoarea SC ... SRL formulată de către

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 (sase) exemplare, conține 115 (o sută cinsprezece) pagini.