

THALES SYSTEMS ROMÂNIA S.R.L.
Orhideea Towers, Șoseaua Orhideelor, nr. 15A
060071, București
România
Tel.: +40 (0) 21 303 3400
Fax: +00 (0) 21 303 3402
www.thalesgroup.com

15/12/2020/29.12.2020.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A
CONTESTAȚIILOR**

Str. Stavropoleos, nr. 6, Sector 3, București, cod
poștal 030084, România

office@cnsr.ro

COMPANIA NAȚIONALĂ DE CĂI FERATE "CFR" – SA

Bulevardul Dinicu Golescu nr. 38, sector 1,
București, cod poștal 010873, România

mariana.kiss@cftr.ro julia.staicu@cftr.ro

Subiect: Constatare impotriva Raspuns la Solicitarile de clarificari, act al A.C. Nr. 1.D/2/1204/18.12.2020 aferente procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect "Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D" Lot 2: Proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiții "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D – Arad",
Anunț de participare SEAP nr. CN1025423/19.10.2020

Data: 28.12.2020

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa, **Thales Systems România SRL** („Thales” sau „Subscrisa”), cu sediul în București, Șoseaua Orhideelor 15A, Sector 6, București, înregistrată la Registrul Comerțului din București sub nr. J40/14801/2006, cod fiscal 19024418

În calitate de persoană interesată de participarea în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă a contractului având ca obiect "Proiectare și execuție lucrări aferente obiectivelor de investiții Lot 1:

THALES

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", anunț de participare nr. CN1025423/19.10.2020 („Procedura” / „Procedura de Atribuire”), organizată de COMPANIA NAȚIONALĂ DE CĂI FERATE "CFR" S.A. în calitate de entitate contractantă („Entitatea” / „Entitatea Contractantă” / "CFR"),

în contradictoriu cu Entitatea Contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ DE CĂI FERATE "CFR"- SA, cu sediul în Bulevardul Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, București, cod poștal 010873, România,

În privința Loturilor 1 și 2 ale Procedurii de Atribuire.

În temeiul art. 4 alin. (1) și art. 8 și urm. 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 ("Legea 101/2016"), formulăm prezenta:

CONTESTAȚIE

Împotriva Răspunsului Consolidat la Solicitățile de Clarificări publicat de către Entitatea Contractantă în SEAP¹ în data de 18.12.2020 („Răspunsul Consolidat”), aferente Procedurii de Atribuire, prin care solicităm :

1. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016,
2. 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 99/2016,
3. Luarea măsurilor de remediere necesare în vederea eliminării elementelor anticoncurențiale și în contradictoriu cu prevederile Art. 2, alin (2) al Legii 99/2016,
4. 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 99/2016,

¹ Actul Entității Contractante nr. 1.D/2/1204/18.12.2020

THALES

5. 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 99/2016;

pentru următoarele:

MOTIVE

1. SINTEZA ARGUMENTELOR

- *Prezenta Contestație vizează 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 SRS 15 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;*

THALES

- *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 Estimate², prin reconfigurarea (inclusiv proiectarea) unor subsisteme deja implementate și puse în funcție, unele care se află în perioada de notificare a defecțiunilor;*
- *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 interfateze, 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 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-km614 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 subscria 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.*

Menționăm că acest operator nu are o obligație legală de a răspunde solicitării de ofertă, având oportunitatea de a-și fructifica la maximum avantajul creat astfel creat

² Cap. II.2.5 din Fișa de Date a Achiziției – Anexa 1 la prezenta

THALES

într-un mod ilegal, nerezonabil și forțat de către Entitatea Contractantă. Mai mulți, celorlați operatori interesați în participarea la procedură le este limitată considerabil posibilitatea de a depune o ofertă corectă, completă și la termen.

- 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 Procedurii³, și implicit în Valoarea Totală Estimată. Abia prin Răspunsul Consolidat Entitatea integrează în prețul total al contractului valorile aferente acestor lucrări suplimentare;
- Pentru 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, fiind excluse, în mod explicit, orice activități legate de modificarea / reconfigurarea subsistemelor implementate în proiectele vecine, și implicit supimentarea materialelor/echipamentelor instalate în cadrul acestor proiecte.
- În eventualitatea în care Consiliul apreciază că această măsură de remediere nu este posibilă și că costurile contactării serviciilor operatorului concurrent cad în sarcina ofertanților, se impune anularea Procedurii în condițiile în care modul de organizare a acesteia distorsionează considerabil concurența și încalcă principiile care stau la baza organizării procedurilor de achiziție publică prevăzute la Art. 2 alin (2) al legii 99/2016.

³ Clauza 49.3 din Anexa 2 la HG 1/2018 care prevede:

„Fiecare Sumă Provizionată va fi folosită, integral sau parțial, doar în conformitate cu instrucțiunile Supervizorului. Pentru fiecare Sumă Provizionată, Antreprenorul, cu respectarea procedurilor de achiziții stabilite de către Beneficiar, va achiziționa, în conformitate cu instrucțiunile Supervizorului și cu destinația prevăzută a Sumei Provizionate, Echipamente, Materiale, Lucrări sau servicii, iar valoarea acestora va fi inclusă în Valoarea Contractului și va consta în:

(a) sumele reale plătite (sau care trebuie plătite) de către Antreprenor, și

(b) o sumă pentru cheltuielile indirecte și profit, calculată ca o valoare procentuală de 5% din aceste sume (sau altă valoare procentuală dacă este prevăzut astfel în Acordul Contractual).

La solicitarea Supervizorului, Antreprenorul va furniza documente, facturi, bonuri și chitanțe justificative.

Pentru evitarea oricărui dubiu, în măsura în care Sumele Provizionate sunt stabilite de către Beneficiar, responsabilitatea pentru suficiența Sumelor Provizionate pentru destinația prevăzută este în responsabilitatea Beneficiarului.” (s.n)

2. DEZVOLTAREA ARGUMENTELOR

2.1. SITUATIA DE FAPT

- (1) Prin publicarea în SEAP la data de 19.10.2020 a anunțului de participare nr. CN1025423⁴ și a documentației de atribuire aferente⁵, Entitatea Contractantă a inițiat Procedura de Atribuire.
- (2) Potrivit anunțului de participare, aceasta este structurată pe două loturi distincte:
 - **Lotul 1** având ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor pentru "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 3 Timișoara Est - Ronaț Triaj Gr.D" cu o valoare estimată de 1.445.386.706,40 RON;
 - **Lotul 2** având ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor pentru "Modernizarea liniei feroviare Caransebeș – Timișoara – Arad, Lot 4 Ronaț Triaj Gr. D – Arad" cu o valoare estimată de 2.471.694.414,19 RON.
- (3) În urma analizei documentației de atribuire au fost identificate multiple erori și inadvertențe care au generat un număr considerabil de solicitări de clarificare din partea entitatilor interesate de participarea la Procedură.
- (4) În data de 18.12.2020, Entitatea Contractantă a publicat Răspunsul Consolidat⁶ la numeroasele solicitări de clarificări primite, act în care au fost identificate multiple încălcări grave ale legislației aplicabile și, cel mai grav, modificarea cerintelor inițiale prin suplimentarea cu servicii, lucrări, materiale și echipamente ce nu numai că nu fac obiectul Procedurii de Atribuire și nici nu au fost incluse în Valoarea Totală Estimată a Procedurii, conform Cap. II.2.5 al Fișei de Date a Achiziției⁷, dar sunt de natură să încalce în mod flagrant principiile care stau la baza atribuirii contractelor conform prevederilor Art. 2, alin (2) al Legii 99/2016, respectiv **nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii.**
- (5) În concret, includerea în obiectul activităților solicitate a unor servicii, lucrări, echipamente exterioare și materiale ce urmează să fie predate Beneficiarului și care nu fac obiectul acestei Proceduri, ci reprezintă mai degrabă părți ale unor contracte ce se află în diverse faze de

⁴ Anunțul de participare se regăsește atașat în Anexa nr. 2.

⁵ Potrivit art. 18 alin. (2) din Legea 101/2016, Entitatea Contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termen de 5 zile de la primirea contestației, o copie a dosarului achiziției publice, cu excepția anunțului de participare și documentației de atribuire atunci când acestea sunt disponibile în SEAP. Sens în care nu mai atașăm prezentei contestații documente care fac parte din documentația publicată de Entitatea Contractantă sau care urmează a fi comunicate Consiliului de către aceasta.

⁶ Actul Entității Contractante , nr. 1.D/2/1204/18.12.2020 – extras din acest Răspuns Consolidat se regăsește în Anexa nr. 3;

⁷ Fișa de Date a Achiziției se regăsește în Anexa nr. 1.

THALES

execuție sau care urmează să fie executate de către terți și care au făcut obiectul unor alte proceduri de atribuire.

- (6) Prin documentația publicată inițial nu se regăseau niciun fel de astfel de cerințe contractuale, prin Răspunsul Consolidat, Entitatea Contractantă incuzând obligații noi ce se referă la:
- i) Lot 2: 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.);
 - ii) Lot 2: efectuarea modificărilor SW/HW care sunt, de asemenea, în sarcina ofertantului câștigător;
 - iii) 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 SRS 15 la FRS 8 și SRS 16;
 - iv) Pentru Lotul 1, realizarea unei interfețe CMT cu instalația CMT deja realizată în cadrul altui proiect⁸.
- (7) Niciun fel de cost determinat de solicitarea acestor servicii, lucrări și echipamente suplimentare nu este inclus în bugetul alocat Procedurii de Atribuire și prevăzut în Valoarea Totală Estimată a Procedurii conform Cap. II.2.5 al Fișei de Date a Achiziției.
- (8) Toate aceste activități care nu au fost incluse în documentația publicată inițial presupun, în primul rând, solicitarea intervenției operatorului terț, concurent în cadrul Procedurii de Atribuire, 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 poate interveni în vederea reconfigurării și interconectării.
- (9) Totodată, documentația de atribuire este afectată de multiple alte nereguli, lipsesc mai multe informații/detalii necesare, condițiile contractuale impuse ofertanților sunt abuzive și contravin atât prevederilor Hotărârii de Guvern nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice ("HG 1/2018"), cât și legislației achizițiilor publice.
- (10) În privința respectării prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 privind remediile în materia achizițiilor publice, precizăm că am constituit cauțiune în cuantumul maxim prevăzut de lege de 220.000 RON.

⁸ Solicitări de clarificări 110-111, Punctul 2 (pagina 212)

THALES

- (11) De asemenea, arătăm că prezenta contestație a fost formulată în termen în condițiile în care documentele contestate au fost publicate de către Entitatea Contractantă în SEAP în data de 18.12.2020.

2.2. CLARIFICĂRILE CONTESTATE

- (12) Conținutul clarificărilor contestate se regăsește în Anexa 3, cât și în cele ce urmează:
- (13) Prin Răspunsul Consolidat publicat în data de 18.12.2020, Entitatea Contractantă 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 câștigător⁹;
 - 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 16¹⁰
 - 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 proiect¹¹
- (14) Pentru claritate, documentația de atribuire prevede, prin documentul memoriu SF, cap 5.3.5.1, Lucrari speciale la instalatiile 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

⁹ Răspunsurile la Solicitățile de Clarificări 110-111 – punctele 4, 6, respectiv Răspunsurile la Solicitățile de Clarificări 115-116, punctele 9, 18, 19, 27, 30, 31 și 49

¹⁰ Răspunsurile la Solicitățile de Clarificări 115-116, punctele 47 și 48

¹¹ Solicitățile de clarificări 110-111, Punctul 2 (pagina 212)

THALES

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 (situat 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 comanda 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)." (s.ns)
- (15) 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”¹²(s.n)

„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”¹³(s.n)

„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

¹² Punctul 6, Solicitățile 110-111

¹³ Punctele 30, 31, Solicitățile 115-116

THALES

acestora către Beneficiar, în vederea realizării doar a lucrărilor de instalare, testare și punere în operare comercială, cu ocazia realizării lucrărilor de perspectivă¹⁴ (s.n)

- (16) În concret, Entitatea Contractantă 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 / modificarea și asigurarea interconectării efective a sistemelor realizate anterior de operatorul concurent cu sistemul care urmează a fi realizat în prezenta Procedură.
- (17) Referitor la clarificarea 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.
 - Nici o 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

¹⁴ Punctele 30, 31, Solicitățile 115-116, Punctul 6 din Solicitățile 110-111

THALES

a verifica îndeplinirea condițiilor siguranța circulației, și nici nu poate controla instalarea corectă a tuturor echipamentelor asupra căror trebuie sa-si asume responsabilitatea.

- În cazul în care soluțiile și sistemele software solicitate trebuie sa fie „extesibile”, nu este definită responsabilitate validării și testării acestor funcționalități, cum vor fi acestea efectuate și cum se va elimina riscul ca, în timpul evaluării pferțelor, cerințele să nu fie interpretabile.
- Pentru o mai ușoară înțelegere, exemplificăm situația în care orice producator de telefoane mobile publica în mod repetat variante noi de software care sa repare erori și defecte software despoerite în exploatare. în cazul de fata Autoritatea Contractanta elimina automat aceasta posibilitate.
- Chiar dacă presupunem că o astfel de versiune de software „extensibilă” pe termen nelimitat și fără a avea toate cerințele / specificațiile complete și corecte, este îndoielnic modul de evaluare a bugetului aferent de către Entitatea Contractantă.

(18) Referitor la clarificarea clarificarea Entității Contractante de modificare / adaptarea 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, atît pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren, cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă”¹⁵(s.n)

Entitatea Contractantă solicita Antreprenorului/Contractorului realizarea completă a instalației interioare (...), atît pentru conectarea elementelor exterioare prezente pe teren (adica ce urmeaza sa fie instalate în cadrul acestui proiect), cât și pentru cele care se vor conecta ulterior cu ocazia implementării lucrărilor de perspectivă (in proiecte realizate ulterior de terti).

- (19) 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. Reamintim că răspunsul de referă la instalații de siguranța circulației (CE, GSM-R, BLAI, RBC și CMT,) care au un regim special și controlat în exploatare.
- (20) Entitatea Contractantă solicita, prin răspunsul la clarificari, 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 statiile Govajdia, Remetea Mare, Timiosara Est, Sag, Valea Viilor.

¹⁵ Punctele 30, 31, Solicitățile 115-116

THALES

- (21) 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 rele, rețele de cabluri interioare, interfețe, și altele echipamente aferente unor extensii și proiecte viitoare, ale căror detalii nu sunt cunoscute.,
- (22) 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 ca 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 acestor.
- (23) 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 evidentitate 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.
- (24) Referitor la clarificarea 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 perspectivă¹⁶** (s.n)

¹⁶ Punctele 30, 31, Solicitățile 115-116, Punctul 6 din Solicitățile 110-111

- (25) Desi 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 materialelor 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*”.
- (26) 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.
- (27) Mai mult, 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.
- (28) 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 contactelor 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 buna 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.

THALES

- (29) 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 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.
- (30) O altă situație similară este cea descrisă la **Punctul 2 la Solicitățile 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.
- (31) Referitor la clarificările Entității Contractante **de actualizare a centralelor MSC existente și implementate de către operatori terți**¹⁷ :
- „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”*
- (32) 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.
- (33) 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.
- (34) Nici Subscrisa, și nici vreun alt operator economic nu poate interveni asupra instalațiilor/sistemelor implementate de către un operator concurent. Doar operatorul respective 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.
- (35) 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).
- (36) 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).

¹⁷ Punctele 47, 48 din Răspunsurile nr. 115-116

THALES

- (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.
- (37) Vă rugăm să aveți în vedere că cele doua 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 doua centrale MSC, și cu atât mai puțin vreo informație referitoare la versiunile de software instalate.
- (38) 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.
- (39) În concret:

2.3. ENTITATEA CONTRACTANTĂ NU A AVUT ÎN VEDERE COSTURILE AFERENTE SOLICITĂRILOR NOI INCLUSE PRIN RĂSPUNSUL CONSOLIDAT

- (40) 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.**
- (41) 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.**
- (42) Este improbabil ca valoarea serviciilor, lucrărilor și materialelor **suplimentare ce rezultă din clarificările ce fac obiectul prezentei contestații, și care nu au fost inițial descrise în documentația de atribuire, să fi fost inclusă, cât timp necesitatea acestora a fost sesizată de către Entitatea Contractantă abia după formularea solicitărilor de clarificări din partea persoanelor interesate de participarea la Procedură.**
- (43) Mai mult, din **clarificarea la punctul 7 Solicitări 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.**
- (44) 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 1a formularul de Oferta la pct.14 Alte cheltuieli prevăzute de HG 907/2016. Ofertantii pot detalia cheltuielile de la punctul 14**

THALES

astfel incat, în Oferta sa includa toate categoriile de cheltuieli prevazute în Devizul general la cap. 1.3, 1.4, 2, 4, 5.1. Oferta nu va include cheltuielile de diverse și neprevazute."

- (45) Entitatea Contractantă se referă la „LISTA PRINCIPALELOR CATEGORII DE LUCRARI” 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).
- (46) Așa cum se poate observa din **varianta inițială a LISTEI PRINCIPALELOR CATEGORII DE LUCRARI**, publicată în SEAP alături de celelalte formulare, **nu există pct. 14 Alte cheltuieli prevăzute de HG 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 operatorului, **suplinind aparent omisiunea inițială, fără însă a suplini și Valoarea Totală Estimată prevăzută în Fișa de Date a Achiziției**.
- (47) Există o singură ipoteză în care lucrările de interfațare nu necesită o rubrică separată în Lista Principalelor Categoriilor 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 în minte de a i se atribui contractul acestuia.
- (48) 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 referitor la răspunsul Entității Contractante că **„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**.

2.4. MODUL DE ABORDARE AL ENTITĂȚII CONTRACTATE ÎNCALCĂ PRINCIPIILE ANTICONCURENȚIALE ȘI/SAU DE NATURĂ SĂ AVANTAJEZE ANUMIȚI OPERATORI

- (49) Reamintim ca 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)
- (50) Astfel, 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;

THALES

- 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.
- (51) 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.
- (52) 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.**
- (53) Astfel, orice operator interesat de participarea la procedură este obligat să negocieze pe risc 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.
- (54) Deși la o primă vedere poate părea că nu este vorba de un avantaj ci de o consecință a situației de fapt – operatorul terț a implementat sistemele adiacente pe care acum Entitatea le dorește modificate și interfațate cu sistemele care vor fi realizate prin proiectul care face obiectul Procedurii de Atribuire, în realitate Entitatea avea posibilitatea să gestioneze cu totul altfel cerințele prin clarificările publicate, astfel încât să nu existe niciun avantaj pentru furnizorul instalațiilor/sistemelor deja existente.
- (55) Acest fapt era chiar necesar și pentru a evita transpunerea unor condiționalități punctuale de interoperabilitate la nivelul unui întreg contract de achiziție publică de o asemenea importanță, atât din perspectiva interesului național, cât și al bugetului alocat.
- (56) 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 1/2018), iar aceste sume să fi fost incluse în Valoarea Totală Estimată a Procedurii, responsabilitatea față de corectitudinea acestor sume fiind alocată Beneficiarului.
- (57) Pentru claritate, 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.

THALES

- (58) 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 insuși CFR.
- (59) 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 99/2016).
- (60) Deși Entitatea Contractantă are posibilitatea de a-și structura procedurile de atribuire și pentru determinarea obiectului acestora, nu este deloc rezonabil, din perspectiva obligațiilor care îi revin privind nedistorsionarea concurenței.
- (61) Mai mult, modul de abordare al Entității Contractante încalcă prevederile 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.
- (62) Astfel, instituțiile publice sunt obligate să organizeze procedurile de achiziții în deplină transparență și fără discriminare, dând întreprinderilor interesate șanse egale la adjudecarea contractului.
- (63) 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, condiții în care concurența apărută să fie una efectivă.
- (64) Legiuitorul 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. În acest sens, art. 1 alin. (2) din HG 394/2016 prevede expres că:

"Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței."

THALES

- (65) O astfel de măsură de remediere ar fi fost fie excluderea acestor activități de modificare / reconfigurare / suplimentare a unor sisteme dezvoltate sau ce urmează să fie dezvoltate de către operatori terți, fie includere, din momentul stabilirii **Valorii Totale Estimate a Proiectului**, a sumelor aferente acestor activități în Sume Provizionate în conformitate cu Art. 49.3¹⁸ din modelul de contract aferent Procedurii de Atribuire (Anexa 2 la HG 1/2018) care să fi fost incluse în Valoarea Totală Estimată din cadrul Fișei de Date.
- (66) Or, Entitatea Contractantă nu numai că nu a dispus nicio măsură de remediere pentru a evita împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței, ci **dimpotrivă, prin clarificările publicate extinde obligațiile contractuale ale ofertantului câștigător pentru a include toate obligațiile de actualizare/reconfigurare și interconectare ale sistemelor electronice livrate anterior de operatorul terț, concurent în cadrul procedurii de atribuire.**

2.5. DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE CONCEPUTĂ PENTRU A FAVORIZA UN ANUMIT OPERATOR ECONOMIC REPREZINTĂ O GRAVĂ ÎNCĂLCARE A LEGII

- (67) Situații precum cele evidențiate prin prezenta Contestație reprezintă încălcări flagrante ale legislației în domeniul achizițiilor publice, atât în ceea ce privește aplicarea principiului tratamentului egal, cât și prin raportare la cerința asigurării unui cadru concurențial corespunzător.
- (68) În acest sens, prin art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016 se prevede în mod imperativ că:
- „Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici **accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.**”*
- (69) De asemenea, potrivit art. 62 și art. 63 din Legea 99/2016:

¹⁸ Clauza 49.3 din Anexa 2 la HG 1/2018 care prevede:

„Fiecare Sumă Provizionată va fi folosită, integral sau parțial, doar în conformitate cu instrucțiunile Supervisorului. Pentru fiecare Sumă Provizionată, Antreprenorul, cu respectarea procedurilor de achiziții stabilite de către Beneficiar, va achiziționa, în conformitate cu instrucțiunile Supervisorului și cu destinația prevăzută a Sumei Provizionate, Echipamente, Materiale, Lucrări sau servicii, iar valoarea acestora va fi inclusă în Valoarea Contractului și va consta în:

(a) sumele reale plătite (sau care trebuie plătite) de către Antreprenor, și

(b) o sumă pentru cheltuielile indirecte și profit, calculată ca o valoare procentuală de 5% din aceste sume (sau altă valoare procentuală dacă este prevăzut astfel în Acordul Contractual).

La solicitarea Supervisorului, Antreprenorul va furniza documente, facturi, bonuri și chitanțe justificative.

***Pentru evitarea oricărui dubiu, în măsura în care Sumele Provizionate sunt stabilite de către Beneficiar, responsabilitatea pentru suficiența Sumelor Provizionate pentru destinația prevăzută este în responsabilitatea Beneficiarului.**” (s.n)*

THALES

"Entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională."

"(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței."

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumii operatori economici."

- (70) Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca, oricând pe parcursul Procedurii de Atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criteriile identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți, iar concurența apărută să fie una efectivă.
- (71) 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.
- (72) Astfel, instituțiile publice sunt obligate să organizeze procedurile de achiziții în deplină transparență și fără discriminare, dând întreprinderilor interesate șanse egale la adjudecarea contractului.
- (73) De altfel, dimpotrivă, legiuitorul a impus un rol activ al entităților contractante de a fi vigilente și identifica oricând pe parcursul procedurii situații de natură a determina favorizarea vreunui dintre operatorii economici și de a lua măsurile necesare în vederea neutralizării. În acest sens, art. 1 alin. (2) din HG 394/2016 prevede expres că:
- "Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței."*
- (74) Or, toate aceste reglementări sunt încălcate în cazul prezentei Procedurii de Atribuire de vreme ce prin extinderea obiectului achiziției sunt create premisele favorizării substanțiale ale operatorului economic care, în trecut, a implementat subsistemele respective în proiecte anterioare.

3. SUSPENDAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE

- (75) În mod prealabil, solicităm cu urgentă suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluționarea prezentei contestații în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea 101/2016.
- (76) Arătăm că potrivit legislației achizițiilor publice, formularea unei contestații suspendă exclusiv dreptul autorității/entității de a semna contractul de achiziție publică, sens în care contestația formulată nu are aptitudinea suspendării de drept a Procedurii de Atribuire.
- (77) Prezenta contestație vizează însăși legalitatea modului în care a fost organizată Procedura, a fost structurat obiectul achiziției, au elaborat conținutul documentației de atribuire și au răspuns la întrebările de clarificare.
- (78) Totodată, Subscrisa am solicitat, în subsidiar, anularea Procedurii de Atribuire în măsura în care neregulile identificate reprezintă abateri grave de legalitate sau nu mai pot fi luate măsuri de remediere (ori acestea sunt ineficiente), ceea ce determină caracterul incert al Procedurii la acest moment.
- (79) Termenul limită pentru depunerea ofertelor este 25.01.2021, un termen foarte scurt în care Consiliul nu se va pronunța asupra temeiniciei motivelor contestației, situație în care ofertele ar urma să fie depuse într-un cadru incert, menținerea Procedurii și/sau a condițiilor/cerințelor acesteia fiind nesigure.
- (80) Astfel, doar prin suspendarea Procedurii de Atribuire poate fi asigurată respectarea eficienței a prevederilor legale și evitarea pagubelor pe care le poate suporta Subscrisa în contextul derulării în paralel a Procedurii cu soluționarea de către CNSC a contestației, mai ales în ipoteza admiterii contestației și modificării .
- (81) Raportat la temeiul legal al cererii de suspendare, arătăm că potrivit art. 22 alin. (1) din Legea 101/2016:

"În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației".

- (82) Condițiile prevăzute de lege în care CNSC poate dispune suspendarea Procedurii de Atribuire sunt, astfel, îndeplinite:

- **existența unui caz bine justificat, care poate fi reținut în situația în care, din împrejurările cauzei, ar rezulta o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate**

Prezenta contestație vizează însăși lămurirea documentației de atribuire și necesitatea impunerii unor măsuri de remediere a căror scop este clarificarea limitelor obligațiilor pe care urmează să și le asume ofertantul câștigător.

Îndeplinirea cerinței este, în primul rând, determinată de premisa demersului litigios.

THALES

Clarificările publicate în 18.12.2020 creează un efect anticoncurențial vădit, observat și de alți operatori economici care au solicitat lămuriri în ceea ce privește intervențiile de modificare solicitate asupra instalațiilor/echipamentelor implementate de operatori terți în cadrul altor contracte.

- **prevenirea producerii unei pagube iminente, ce poate fi reținută în situația în care continuarea Procedurii în astfel de condiții ar produce un prejudiciu greu de înlăturat**

Paguba iminentă este definită în art. 2 alin. (1) lit. ș) din Legea nr. 554/2004 ca reprezentând:

„prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”.

Derularea în paralel a Procedurii de Atribuire cu un demers de contestare care vizează chiar legalitatea acesteia și conținutul documentației de atribuire reprezintă o împrejurare aptă a crea prejudicii substanțiale operatorilor economici care continuă demersurile de elaborare a documentației de ofertare, deși menținerea Procedurii sau a cerințelor acesteia este incertă.

Împrejurarea creată ar reprezenta, de altfel, o încălcare flagrantă a principiilor achizițiilor publice.

Soluția suspendării Procedurii de Atribuire se impune cu atât mai mult cu cât, față de situația de fapt și de drept dedusă judecății, soluționarea contestației trebuie să asigure realizarea imperativelor statuate de art. 6 paragraful 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: soluționarea procesului într-un termen rezonabil și asigurarea caracterului efectiv al dreptului la un proces echitabil.

Or, dreptul la un proces echitabil ar fi unul iluzoriu dacă efectele actului administrativ vădit nelegal s-ar produce în integralitate anterior datei la care un judecător ar putea să se pronunte asupra legalității acestora.

Acest fapt este, de altfel, confirmat și de Recomandarea nr. R (89) 8 din 1989 a Consiliului Europei cu privire la protecția juridică provizorie în materie administrativă prin care se solicită autorităților jurisdicționale competente ca *”atunci când executarea unei decizii administrative este de natură să provoace daune grave, dificil de reparat, persoanelor particulare cointeresate de această decizie - să ia măsuri de protecție provizorii corespunzătoare, în limitele competenței sale și fără ca, astfel, să influențeze în vreun fel soluția asupra fondului, cu atât mai mult atunci când există un argument juridic aparent valabil în raport cu elementele de legalitate ale actului administrativ contestat”.*

4. ÎN SUBSIDIAR, ÎN MĂSURA ÎN CARE NU POT FI LUATE MĂSURILE DE REMEDIARE NECESARE, ANULAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE PENTRU GRAVE ÎNCĂLCĂRI ALE LEGII

Thales Systems Romania S.R.L. - Șoseaua Orhideelor, nr. 15A, Orhideea Towers, 060071, București, România
Capital social: 11.655.200 RON – Registru Comerțului: J40/14801/2006, București, România

THALES

- (83) Așa cum a fost arătat prin prezenta contestație, 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.
- (84) 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.
- (85) Prin Răspunsul Consolidat, Entitatea Contractantă a inclus servicii, lucrări și echipamente **ce nu au fost inițial incluse în documentația de atribuire, o parte din acestea putând fi efectuate doar de către un operator terț, acesta fiind singurul care are cunoștințele și informațiile necesare evaluării complexității și costurilor acestor lucrări**.
- (86) Obligația Entității Contractante este de a lua măsurile necesare înlăturării efectului anticoncurențial, de a asigura tratament egal tuturor ofertanților și de a asigura bugetul necesar ducerii la bun sfârșit a proiectului ce face obiectul Procedurii de Atribuire.
- (87) 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**.
- (88) În condițiile în care CNSC apreciază că această măsură de remediere nu este posibilă și că riscurile și costurile contractării serviciilor direct către operatori concurenți cad în sarcina ofertanților, solicităm anularea Procedurii de Atribuire în ceea ce privește lotul 2 sau obligarea CFR la anularea Procedurii de Atribuire în condițiile în care modul de organizare al acesteia distorsionează concurența și încalcă principiul egalității de șanse între ofertanți.
- (89) În acest sens, prin art. 165 alin. (6) din Legea 99/2016 se prevede în mod imperativ că:

”Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”

THALES

(90) De asemenea, potrivit art. 62 și art. 63 din Legea 99/2016:

"Entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională."

"(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței."

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici."

- (91) Reconfigurarea unei instalații sau a unui sistem este și mai simplă și mai ieftină dacă este realizată de cel care a implementat-o – adevăr universal valabil.
- (92) Și mai important, Entitatea Contractantă 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.
- (93) În subsidiar, în considerarea încălcărilor grave de legalitate indicate mai sus, cu precădere în ceea ce privește criticile aduse includerii în obiectul licitației a unor activități și lucrări ce nu fac obiectul contractului în curs, în considerarea încălcării principiilor guvernatoare în achiziții publice, solicităm, în situația în care Consiliul consideră că nu pot fi luate măsuri de remediere eficiente, anularea Procedurii de Atribuire sau obligarea Entității Contractante la dispunerea anulării Procedurii de Atribuire potrivit art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea 99/2016.
- (94) De asemenea, apreciem că aceeași soluție a anulării Procedurii (de această dată prin raportare la art. 225 alin. (1) lit. d) din Legea 99/2016) se impune și în cazul în care Consiliul va considera că nu este posibilă luarea măsurilor de remediere necesare din cauza repercusiunilor substanțiale generate la nivelul întregii Proceduri având în vedere excluderea din obiectul contractului a unor lucrări și corespunzător diminuarea valorii estimate a acestuia.

5. CERERE DE ACCES LA DOSARUL CAUZEI

- (95) În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea 101/2016, Subscrisa solicităm acces la dosarul cauzei și, de asemenea, să ni se permită să fotocopiem documentele relevante la sediul Consiliului.
- (96) Ne rezervăm dreptul de a completa argumentele formulate în susținerea prezentei contestații, prin depunerea unor concluzii/note scrise ulterior studierii dosarului la CNSC precum și a celorlalte înscrisuri depuse de părți.

THALES

În drept: invocăm dispozițiile relevante din Legea nr. 101/2016, articolele relevante din Legea nr. 99/2016, HG 394/2016, HG 1/2018, dispozițiile relevante din Codul de Procedură Civilă și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul prezentei, precum și principiile în care își are sediu materia.

În probatoriu: solicităm încuviințarea administrării probei cu înscrisuri, documentele atașate, dosarul procedurii de atribuire, etc.

Anexe:

- Anexa nr. 1: Fișa de Date a Achiziției;
- Anexa nr. 2: Anunțul de participare;
- Anexa nr. 3: Extrasul privind secțiunile contestate din cadrul Clarificărilor CFR;
- Anexa nr. 4: Împuternicire

Cu deosebită considerație,

Thales Systems Romania SRL

Claudiu SEICEAN

Împuternicit al Directorului General

SEICEAN
Claudiu-
Vasile

Digitally signed by
SEICEAN Claudiu-
Vasile
Date: 2020.12.28
19:17:47 +02'00'