

R O M Â N I A
CURTEA DE APEL BUCUREȘTI
SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DECIZIA CIVILĂ Nr. 178/2021

Ședința publică din data de 02.02.2021

Curtea constituită din:

PREȘEDINTE: ALINA SAGLAM
JUDECĂTOR: DANA VERONICA ERDEI
JUDECĂTOR: GEORGIAN DAVIDOIU
GREFIER: ANIȘOARA ENE

Pe rol se află soluționarea plângerii formulate de petenta de intervenție accesorie formulate de intervenier împotriva Deciziei CNSC nr. 2103/C4/2389, 2390, 2391 din 13.11.2020 pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în contradictoriu cu intimata-entitate contractantă

Dezbaterile au avut loc în ședința publică din 28.01.2021, fiind consemnate în încheierea de ședință de la acea dată, ce face parte integrantă din prezenta decizie, când Curtea, având nevoie de timp pentru a delibera și pentru a da posibilitatea părților să formuleze concluzii scrise, a amânat pronunțarea la data de 02.02.2021, când a decis următoarele:

C U R T E A,

Deliberând asupra plângerii de față, reține următoarele:

1. Plângerea formulată de

La data de 27.11.2020, pe
în contradictoriu cu intimata-entitate

plângere împotriva Deciziei nr.2103/C4/2389, 2390, 2391 din 13.11.2020 pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, înregistrată pe rolul Curții de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal cu număr de dosar 6941/2/2020, prin care a solicitat următoarele:

- 1) suspendarea procedurii de atribuire;
- 2) admiterea plângerii,
- 3) modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și menționării exprese a faptului că
cu program

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

Plângerea a fost formulată cu privire la procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect

de atribuire.

În motivarea plângerii, petenta a arătat, în esență, următoarele: Decizia CNSC nu satisface în întregime solicitările societății și nu restabilește cadrul legal necesar unei proceduri concurențiale efective, însă, față de precizările punctului de vedere al CFR depus în fața CNSC, consideră că sunt create premisele adoptării unei măsuri de remediere adecvate constând în indicarea explicită a obligațiilor care îi incumbă ofertantului în ceea ce privește lucrările asigurării interoperabilității; precizarea CFR din punctul de vedere, potrivit căreia *(cu program de zăvorâre nou), astfel ca se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o*, nu a fost luată în considerare de CNSC la pronunțarea Deciziei atacate; poziția exprimată de CFR în cadrul dosarului soluționat de CNSC contravine prevederilor documentației de atribuire, reprezentând doar un angajament echivalent unei măsuri de remediere care ar fi trebuit să devină opozabilă tuturor participanților în Procedură; mai exact capătul principal de plângere vizează doar omisiunea CNSC de a da relevanță precizărilor din punctul de vedere prin care chiar entitatea contractantă recunoaște afectarea concurenței în condițiile în care nu are loc o rescriere a software-ului; capătul principal de cerere privește neadoptarea măsurii de remediere menite să stabilească fără echivoc în documentația de atribuire limitele obligației ofertantului de a asigura interoperabilitatea zonală. În sensul că aceasta nu include intervenția

CNSC trebuia să constate caracterul incomplet și lacunar al documentației sub acest aspect, precum și lipsa unei măsuri de remediere adecvate în condițiile în care punctul de vedere este doar un act extrinsec procedurii și nepublicat în SEAP pentru informarea corespunzătoare a tuturor operatorilor interesați; punctul de vedere nu face parte din documentația de atribuire, neavând nici măcar valoarea unei clarificări aduse în Procedură; CNSC trebuia să dispună clarificarea documentației de atribuire cu indicarea expresă a faptului că în obiectul contractului nu intră rescrierea software-ului din și a activităților corespunzătoare, ofertantul fiind răspunzător doar de asigurarea lucrărilor necesare de pregătire a interfețelor în vederea asigurării interoperabilității; doar această finalitate este efectivă și asigură neafectarea concurenței, obiectiv asumat de

În măsura în care atât instanța, cât și CNSC considera ca obligația de rescriere a software-ului revine ofertantului câștigător, petenta consideră că Procedura de atribuire trebuie anulată în ceea ce privește lotul 2, întrucât determină favorizarea directă a operatorului. Într-o astfel de ipoteză, ofertantul câștigător (dacă nu e cel care a implementat în trecut centralizarea electronică din ar fi ținut să solicite intervenția operatorului competitor (cu care va concura în mod direct în licitație), fiind de netăgăduit avantajul creat celui din urmă. nu a cerut o 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.

În dezvoltarea argumentelor, petenta a arătat că în cadrul documentației se precizează

Din acesta rezultă în mod evident că cunoaște exact unde se termină posibilitatea de implementare a unei soluții noi pe acest tronson și anume la

Toate modificările de linii necesare a fi executate în continuare de la aceste semnale, respectiv în capătul Y vor fi integrate în software-ul și hardware-ul instalației existente de centralizare electronică a conform cerințelor Caietului de Sarcini. Or, acest aspect determină un avantaj competitiv semnificativ operatorului concurent ce a implementat deja sistemul în

Soluția vederea înlăturării elementului anticoncurențial ar fi rescrierea software-ului dir nsă nu a prevăzut niciunde în documentația de atribuire că aceasta operațiuni nu face obiectul contractului licitat.

Cum această împrejurare determină evident avantajarea operatorului competitor, a arătat că a formulat contestația ce a făcut obiectul dosarului CNSC nr. 2390/C4/2020, solicitând luarea măsurilor de remediere necesare și înlăturarea elementelor care afectează concurența și egalitatea de șanse. A indicat, totodată, că modificarea instalației de centralizare are implicații la nivelul întregului sistem zonal de interoperabilitate, fiind necesară: -

Toate aceste modificări hardware și software ale instalațiilor menționate mai sus se pot executa numai de către același operator concurent care a realizat anterior aceste instalații, deoarece doar acesta deține drepturile de proprietate intelectuală asupra software-ului, respectiv hardware-ului implementat și cunoaște sistemul instalat.

Asupra acestora nu poate interveni pur și simplu un alt operator și efectua ce modificări consideră de cuviință și nici nu își poate instala propriile software-uri. În mod sigur, software-ul deja instalat se află în garanție și este interconectat la alte sisteme de interoperabilitate. Or, toate aceste aspecte practice trebuie avute în vedere în contextul operațiunii de rescriere a software-ului.

A mai susținut că 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.

Mai mult, software-ul instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț, pusă deja în funcțiune, deține certificat de siguranță SIL 4, sens în care orice modificare poate fi realizată numai de operatorul care a implementat-o și care va păstra gradul de siguranță SIL 4 impus.

În practica Consiliului Concurenței și a instanțelor europene, această împrejurare a fost definită ca creînd un efect de captivitate („*lock-in effect*”) care denaturează concurența, fiind subliniată obligativitatea autorităților contractante de a lua orice măsuri sunt necesare în vederea înlăturării sale.

a admis că fără untem în situația favorizării operatorului economic care a implementat i (astfel cum este indicat în pct.2 de la pag. 5 a punctului de vedere c atre CNSC).

a omis, însă, să transpună precizarea sa și la nivelul documentației de atribuire, deși acest demers se impunea față de lipsa oricăror precizări în acest sens în documentația de atribuire care prevede doar obligațiile generale ale ofertantului câștigător a căror finalitate conduce la concluzia că l revin în întregime ofertantului câștigător.

Simplul angajament menționat prin punctul de vedere nu are valoarea unei măsuri de remediere, punctul de vedere fiind un act procesual ce nu echivalează nici cu o măsură de

remediere și nici cu o clarificare asupra documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât nu a fost publicat în SEAP.

Documentația de atribuire nu poate fi completată implicit, prin acte extrinseci și fără o intervenție concretă la nivelul documentelor publicate în SEAP. Principiul transparenței impune publicarea unor acte explicite (clarificări, măsuri de remediere) prin intermediul SEAP pentru a fi cunoscute de orice operator interesant.

CNSC trebuia să observe acest lucru și să dispună clarificarea documentației în vederea asigurării transparenței și respectării obligațiilor legale privitoare la faptul că documentația trebuie să fie clară și precisă pentru toți operatorii economici, în acord, totodată, și cu principiul egalității de tratament.

Nemodificată în sensul precizării acestui aspect, documentația de atribuire rămâne neclară și aptă a îi poate permite entității contractante o conduită abuzivă care, ulterior, în execuția contractului să îi pretindă antreprenorului și rescrierea software-ului din stația

Petenta a susținut că se impune modificarea Deciziei CNSC în sensul completării măsurilor de remediere impuse.

Premisa plângerii constă, astfel, în confirmarea expresă de către [redacted] a faptului că pentru asigurarea unui cadru concurențial neafectat este necesară rescrierea software-ului din [redacted]. Ipoteza contrară este în măsură să favorizeze operatorul economic competitor care va participa cu siguranță la prezenta licitație.

În forma actuală, documentația de atribuire indică faptul că ramificațiile trebuie introduse în [redacted] (pag. 659 din Studiul de Fezabilitate) și că, printre obiectivele lucrărilor, se urmărește și asigurarea interoperabilității zonale, ce poate conduce la concluzia că contractul include [redacted] însă de către ofertantul câștigător.

S-a menținut, drept urmare, prin Decizia CNSC caracterul incomplet și neclar al documentației de atribuire, și implicit aptitudinea de a se crea un tratament diferențial la nivelul operatorilor economici interesați să participe în Procedură.

Pentru corecta și completa informare a operatorilor economici în legătură cu lucrările care le sunt solicitate, este necesară precizarea expresă în documentație a faptului că în obiectul contractului nu intră activitățile corespunzătoare rescrierii software-ului din [redacted] ofertantul fiind răspunzător doar de asigurarea lucrărilor necesare de pregătire a interfețelor în vederea interoperabilității.

Rescrierea software-ului înseamnă, de asemenea, că se vor modifica programele software de înzăvorâre a macazurilor, semnalelor și parcursurilor din instalația de centralizare [redacted] concordantă cu schița cu semnalizare, parte integrantă a documentației de atribuire.

Este, astfel, important să se clarifice că în ceea ce privește obligațiile de interoperabilitate zonală, ofertantul câștigător se va angaja să asigure interfațarea restului tronsonului de cale ferată modernizat cu [redacted] aceasta urmând a avea software-ul rescris astfel încât să fie interoperabilă cu interfața pusă la dispoziție de ofertantul câștigător.

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.

Din acest punct de vedere tehnic, 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 [redacted] în același timp entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului [redacted] 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 implementa [redacted] (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.

Este vădit neconcurențial ca unui ofertant să i se ceară să reconfigureze instalația de centralizare electronică implementată de alt operator pentru că, în acest caz, celălalt operator va avea întotdeauna un avantaj competitiv.

În ceea ce privește efectul de captivitate (lock-in effect), identificat și în cadrul acestei licitații, petenta a arătat că 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 cazul și software-ului di 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 ”

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”.

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

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

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.

Or, cu atât mai mult se impune luarea măsurii de remediere solicitate cu cât doar prin aceasta se pot pune în aplicare recomandările Consiliului Concurenței.

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. 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.”

Lipsa unei măsuri de remediere necesare, nesancționată prin Decizia CNSC, reprezintă, de altfel, o încălcare a art.18 din Directiva EU nr. 24/2014 și a jurisprudenței supranaționale (de exemplu cauza T-668/15), prin care s-a statuat cu titlu de principiu că: „În mod adițional, instanțele Uniunii au statuat că unul dintre obiectivele normelor Uniunii privind contractele publice este de a asigura deschiderea cât mai largă a concurenței fiind în interesul dreptului Uniunii să asigure participarea cât mai extins posibilă a ofertanților într-o procedură de licitație. Ar trebui adăugat, în acest sens, că o astfel de deschidere către o concurență cât mai largă este prevăzută nu numai în raport cu interesul Uniunii pentru libera

circulație a bunurilor și serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va avea astfel o alegere mai mare în ceea ce privește cea mai avantajoasă ofertă și cea mai bine adaptată nevoilor entității publice în cauză (Hotărârea din 10 noiembrie 2015, GSA și SGI f Parlament, T-321/15, nepublicată, EU: T: 2015:834, punctul 58, a se vedea, de asemenea, în acest sens, Hotărârile din 23 decembrie 2009, CoNISMA, C-305/08, EU: C: 2009: 807, paragraful și jurisprudența citată, și din 18 iunie, 2015, Martin Meat, C-86/15, EU: C: 2015:405)."

În subsidiar, în măsura în care instanța va aprecia că documentația de atribuire trebuie interpretată în sensul că rescrierea software-ului revine ofertantului câștigător, petenta a arătat că solicită anularea procedurii de atribuire în ceea ce privește lotul 2 sau obligarea la anularea Procedurii de atribuire în condițiile în care modul de organizare al acesteia distorsionează concurența și încalcă principiul egalității de șanse între ofertanți.

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.

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.”

Petenta a susținut că toate aceste prevederi legale au fost ocolite de CNSC în analiza sa, organul administrativ-jurisdicțional limitându-se la o preluare neverificată a afirmațiilor generale prezentate de [redacted] prin punctul de vedere.

CNSC a reținut că există justificarea pentru necesitatea

dar nu aceasta este relevantă pentru soluționarea contestației. Contestația critică, în realitate, includerea acestor modificări în cadrul obiectului contractului licitat în condițiile în care determină un efect anticoncurențial. Or, în această privință justificarea lipsește cu desăvârșire atât în Decizia atacată cât și în documentele prezentate de

Operatorul concurent [redacted] e titularul drepturilor de proprietate intelectuală, drepturilor de a interveni/reconfigura software-ul instalat, precum și producătorul echipamentelor și instalațiilor atât a celor instalate în stația Glogovăț cât și a celor necesare pentru efectuarea operațiunilor de reconfigurare a software-ului, fiind singurul care are abilitatea de a le modifica astfel încât să le fie menținută funcționalitatea.

Petenta a mai menționat că în practică au existat cazuri similare și de fiecare dată a fost necesară concretizarea unei înțelegeri comerciale între autoritatea contractantă și operatorul care instalase anterior anumite software-uri, aspect cunoscut de [redacted] însă omis prin înscrisurile depuse în etapa CNSC.

Și mai important [redacted] u a cerut ofertare/cotație separată pe aceste lucrări (situație care ar dovedi cu prisosință [redacted] area tratamentului egal între participanți), ci le integrează în preț total al contractului, diluând astfel avantajul în umbra ofertei generale.

Contestația a vizat și acest aspect, societatea indicând că nici în documentația de atribuire publicată inițial și nici în pretinsa documentație economică publicată în urma dispunerii măsurilor de remediere nu se regăsesc costurile de modificare a software-ului și hardware-ului interior actual al instalației de centralizare electronică din noua configurație de linii.

Documentația economică publicată în contextul măsurilor de remediere 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 rescrierii softului, modificării hardware-ului.

Ca atare, contrar Deciziei CNSC care nu a întreprins niciun fel de analiză în această privință.

Petenta a solicitat și suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei plângeri în conformitate cu prevederile art. 33 din Legea 101/2016.

În justificarea cererii, a arătat că se află în situația în care nu poate elabora oferta în condițiile în care nu sunt delimitate în mod explicit și clar limitele obligațiilor pe care urmează să și le asume ofertantul în ceea ce privește activitățile aferente stației Glogovăț.

Prezenta plângere 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.

Condițiile prevăzute de lege în vederea dispunerii suspendării Procedurii de atribuire sunt, de asemenea, îndeplinite: în justificarea existenței cazului bine justificat, petenta a arătat că această cerință este îndeplinită, fiind determinată de premisa plângerii - confirmarea de către ... a faptului că asigurarea unei concurențe corespunzătoare este condiționată de rescrierea software-ului din stația Glogovăț; în ce privește cerința prevenirii producerii unei pagube iminente, petenta a arătat că derularea în paralel a Procedurii de atribuire cu prezentul demers litigios reprezintă o împrejurare aptă a crea prejudicii substanțiale operatorilor economici care continuă demersurile de elaborare a documentației de ofertare, deși cerințele și obligațiile documentației sunt incerte.

Împrejurarea creată ar reprezenta, de altfel, o încălcare flagrantă a principiilor achizițiilor publice și a imperativului impus autorităților contractante de a asigura caracterul explicit, cert și clar al cerințelor impuse.

În drept, plângerea a fost întemeiată pe dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016 și ale OUG nr.34/2006.

În dovedirea plângerii, petenta a depus înscrisuri, precum Deciza CNSC contestată și Punctul de vedere al autorității contractante din 03.11.2020.

2. Anărările formulate de intimata-entitate contractantă

2.1. Intimata-entitate contractantă

formulat **întâmpinare**, transmisă prin poșta electronică la data de 02.12.2020, depusă ulterior prin serviciul registratură la data de 11.12.2020, prin care a solicitat respingerea plângerii, în principal, ca inadmisibilă, iar în subsidiar, ca netemeinică și nelegală.

În motivarea întâmpinării, entitatea contractantă a arătat că a organizat procedura de licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect „]

Prin Contestația nr. 4272/29.10.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 47452/30.10.2020, formulată de petenta

-a solicitat Consiliului să dispună:

- „modificarea documentației de atribuire în sensul remedierii neregulilor și ilegalităților semnalate prin intermediul contestației,

- în cazul în care nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire sau obligarea entității contractante la luarea măsurii de anulare a procedurii;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestațiilor.”

Prin Decizia nr. 2103/C4/2389.2390,2391/13.11.2020, atacată, CNSC a admis în parte contestația și a dispus „*modificarea pct. 3.4 din caietele de sarcini ale celor două loturi, în ceea ce privește riscurile contractului, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018*” și a respins în rest contestația. De asemenea, a respins capătul de cerere privind suspendarea procedurii.

Ca și chestiuni prealabile, intimata a invocat următoarele:

1) În ceea ce privește soluțiile descrise prin documentația de atribuire și criticate de petenta intimată, intimata a învederat că documentația de atribuire nu cuprinde

nicidecum soluții selectate, cum fals susține petenta, sau ca urmare a vreunei preferințe a

față de vreunul dintre potențialii operatori interesați de participarea la procedura în discuție. Dimpotrivă, soluțiile răspund unor evoluții ale sistemelor de centralizare pe care autoritatea dorește să le implementeze tocmai pentru a beneficia de rezultate tehnice performante într-un proiect de asemenea complexitate.

Soluțiile tehnice prevăzute în documentația de atribuire, pentru varianta de traseu care include și transportul feroviar de mărfuri, are avantaje pentru: - transportul feroviar de mărfuri,

Așadar, includerea segmentului de cale ferată în proiect s-a realizat din rațiuni economice obiective ce nu au nicio legătură cu operatorul economic ce a implementat soluția, așa cum în mod eronat susține petenta.

În realitate, includerea segmentului de cale ferată a realizat din următoarele considerente:

Explicația alegerii acestei variante se regăsește și la nivelul Studiului de Fezabilitate, unde se explică detaliat scenariul (varianta optimă aleasă) din rațiuni economice și tehnice.

Varianta optimă a fost stabilită ca urmare a vizitelor pe teren, a investigațiilor de teren și studiilor efectuate de către Proiectant.

Astfel că, elaboratorul studiului de fezabilitate preliminar a proiectat o variantă de

Față de aceste explicații, se poate observa că includerea acestui segment în proiect s-a realizat din rațiuni obiective, ce nu au absolut nicio legătură cu operatorul economic care a

Intre principalele obiective ce se urmăresc a fi realizate prin această investiție, intimata a menționat:

- Asigurarea interoperabilității prin implementarea STI, în special în ceea ce privește sarcina pe osie (22,5 tone), gabaritul de încărcare (C) lungimea liniilor din stație și haltele de

Prin implementarea proiectului, linia de cale ferată va fi proiectată în conformitate cu parametrii tehnici ceruți de standardele și legislația europeană în vigoare. De asemenea, implementarea proiectului va contribui la realizarea obiectivelor următoarelor convenții și acorduri internaționale:

privind marile linii inter
de transport combinat :
Standardele Tehnice de

Organizarea unei proceduri distincte, de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, așa cum solicită petenta, nu poate reprezenta, în condițiile date, o opțiune.

Atât timp cât legea permite, dar nu obligă o entitate contractantă să organizeze astfel de proceduri, consideră că abaterea de la regula procedurii pe deplin concurențiale trebuie justificată și fundamentată tehnic cu argumente temeinice, ea neputând fi aplicată doar pentru că așa apreciază un anumit operator economic.

Or, în cazul dat, așa cum arată și practica anterioară a aceleiași autorități pe care petenta o cunoaște foarte bine, nu se poate justifica o astfel de alegere tocmai pentru că există posibilitatea tehnică și legală a organizării procedurii de atribuire în varianta publicată în prezent. Operatorii economici interesați pot depune oferte și pot asigura implementarea contractului, nefiind așadar justificată o restrângere de tipul celei sugerate (negociere fără publicare). În trecut, exact același operator economic a depus oferte la toate cele patru loturi în care condițiile de interoperabilitate impuse ofertanților precum și condiționările de colaborare cu alți operatori erau similare iar, pentru unele dintre loturi, acesta are în concret în derulare, proiecte. Ei înșiși sunt, așadar, cei care confirmă, prin chiar practica lor efectivă, posibilitatea de a se implementa un astfel de proiect și, implicit, corectitudinea modului de organizare și impunere a cerințelor.

Așadar, în oricare dintre variantele alese, care se întrepătrunde între stațiile și ar fi fost oricum necesare modificări similare de soft atât la nivelul subsistemului de datorită necesității implementării datorită necesității de interconectare cu are va fi instalat în cât și a

A mai arătat că în proiectele la care s-a făcut referire mai sus unele dintre ele aflate chiar în implementarea contestatoarei, valoarea acestor lucrări a fost estimată de către ofertanți și inclusă în valoarea ofertată, acesta probând ulterior capacitatea tehnică de realizare. Valoarea acestor lucrări a fost completată de către ofertanți și nu a ridicat nicio discuție de distorsionare a concurenței, așa cum se încearcă în prezent.

Prin conținutul devizului general, pus la dispoziție în cadrul documentației, sunt prevăzute principalele cheltuieli pentru investiția preconizată, fiind evident că s-au avut în vedere (în secțiunea 4.1.5 a Devizului) și cheltuielile pentru instalațiile , categorie în care se includ și cele presupus a fi fost omise. Nu se poate, așadar, afirma că era necesară vreo detaliere suplimentară (într-un contract de asemenea tip - proiectare și execuție, neexistând nicio condiționare legală de detaliere suplimentară a acestor sume).

Aceste cheltuieli pentru instalațiile SCB diferă între cele două loturi, în pofida faptului că ele sunt similare din punctul de vedere al magnitudinii lucrărilor necesar a fi realizate pentru fiecare categorie: explicația acestei diferențe este tocmai aceea că, în cazul

unor astfel de lucrări). De altfel, la nivelul documentației Specificații tehnice aferente acestui lot, la cap. 5.3.4. Criteriu economic, se prevede în mod expres că, la proiectarea lucrărilor, se va ține seama și de integrarea proiectelor de modernizare a infrastructurii feroviare, finanțate din fonduri europene, ale căror lucrări de execuție au fost realizate deja; prin urmare, aceasta este o dovadă suplimentară a faptului că și costurile aferente realizării acestor lucrări sunt, în egală măsură, integrate în devizul general.

2) Intimata a făcut referire la dispozițiile art. 30 alin (2) din Legea 101/201, conform căroră „*în plângere, contestatorul nu poate invoca alte motive împotriva actelor autorității contractante decât cele cuprinse în contestația adresată Consiliului*”, și a susținut că, în cauza de față, plângerea dedusă judecătii nu îndeplinește cerința prevăzută de textul de lege citat, întrucât petenta a invocat și alte motive și cereri decât cele invocate în fața CNSC.

3) Intimata a mai menționat că secțiunea de cale ferată ce face obiectul achiziției publice în discuție, a fost analizată, au existat studii și documentații pe care au fost fundamentate soluțiile la nivel de Studiu de Fezabilitate/Analiza Cost Beneficiu, justificarea în proiect se găsește și în studiul de trafic, elaborat în cadrul Studiului de Fezabilitate. Faptul că în proiect a fost inclusă o variantă ocolitoare între Aradu Nou și Arad, nu încalcă Certificatul de Urbanism emis de către G Arad pentru lucrare.

Prin urmare, toate susținerile petentei apar ca fiind pur speculative, din moment ce documentația de atribuire demonstrează că aceste lucrări au fost luate în considerare încă de la nivelul studiului de fezabilitate, dar și în documentele ulterioare.

În continuare, intimata-entitate contractantă a solicitat instanței să aibă în vedere reaua credință a petentei, reținută și de CNSC, și încercarea acesteia de a induce în eroare Consiliul cu privire la situația de fapt, arătând următoarele:

- Astfel cum rezultă din paragraful 2 - pagina 54 a Deciziei CNSC nr.2103/C4/2389, 2390, 2391/13.11.2020,

„*La pct. 7 din contestație, contestatoarea a concluzionat ca nu au fost prevăzute și luate în calcul respectivele costuri pe motiv că în cadrul caietului de sarcini lot 2 s-au prevăzut următoarele; la pagina nr. 9/83, capitolul 4: obligația corelării lucrărilor numai cu Antreprenorul/Cor.*

Arad în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate , la pagina 15/83 capitolul 4.9:

Consiliul a reținut că prima expresie citată de contestatoare este inexactă, fiind „îmbunătățită” de aceasta, expresia fiind, în caietul de sarcini „*Antreprenorul/Contractantul are obligația corelării lucrărilor cu Antreprenorul/Contractantul în vederea asigurării continuității*”

în ceea ce privește toate sistemele de interoperabilitate”, lipsind, astfel, cuvântul „numai”. Este evident că, introducând acest cuvânt, contestatoarea lasă să se înțeleagă că sensul expresiei este altul, când în realitate, expresia are următorul sens: întrucât lucrările pentru loturile licitate prin această procedură se desfășoară simultan, operatorii câștigători ai respectivelor lucrări se vor coordona, astfel încât sistemele aferente celor două loturi să fie interoperabile. Că aceasta este interpretarea corectă, rezultă clar din conținutul său, citat exact, referirea fiind clară la corelarea lucrărilor, și nu la schimbările sistemelor/instalațiilor deja leci unde nu va exista un operator cu care să se coordoneze, pentru asigurarea interoperabilității cu acest tronson. De asemenea, o astfel de clauză se regăsește și în cadrul caietului de sarcini aferent lotului 1, fiind clar că se referă la antreprenorii care își vor adjudeca cele două contracte”.

Față de cele prezentate, intimata susține că petenta încercă să inducă în eroare instanța de judecată.

2) Cu rea credință, petenta dorește să inducă în eroare instanța cu privire la stabilirea perioadelor de referință pentru demonstrarea experienței similare, prin raportare la durata contractelor ce fac obiectul procedurii de licitație în discuție.

Astfel, a arătat că petenta a susținut că „(7) *Totodata, apare o discrepanță între durata perioadei de referință impuse (inițial de 3 ani, corectată apoi la 5 ani) și durata de execuție foarte mare a unor asemenea proiecte complexe, acest aspect fiind subliniat chiar de cerința de dovedire a experienței similare.*”

(8) *Pentru considerentele expuse, precizăm ca perioada necesara dovedirii experienței similare în „realizarea de lucrări de construcție noua și/sau modernizare si/sau reparatie si/sau reabilitare instalații de semnalizare c.f. (Centralizare electronică si ETCS nivel 2) și telecomunicații cf. (inclusiv GSM-R)” ar trebui sa fie corelata cu perioada de timp necesara dovedirii experienței în proiectare, respectiv de 10 ani”.*

Intimata a apreciat că prin aceste susțineri, petenta încearcă să inducă în eroare instanța prin raportarea perioadei de referință privind demonstrarea experienței în executarea de lucrări similare în domeniul obiectului contractului, prin raportare la durata contractelor ce fac obiectul prezentei licitații, cu perioada de execuție pentru realizarea lucrărilor stabilita prin documentația de atribuire.

Astfel, referitor la aceste susțineri ale petentei privind stabilirea perioadelor de referință pentru demonstrarea experienței similare, prin raportare la durata contractelor ce fac obiectul prezentei licitații, intimata a solicitat instanței să constate că perioada de execuție pentru realizarea lucrărilor stabilită prin documentația de atribuire este de 36 de luni, iar pentru realizarea proiectării este de 6 luni, astfel aplicând dezideratul susținut de contestatoare prin raportare la perioada de referință 10 ani stabilita pentru demonstrarea executării de lucrări similare, ar rezulta o perioada de referință de 20 de luni pentru demonstrarea de prestări servicii de proiectare în domeniul obiectului contractului, mult mai mica decât perioada de referință stabilită de entitatea contractanta ca urmare a adoptării măsurilor de remediere în conformitate cu prevederile art. 9, alin.(1) din Legea 101/2016, respectiv de 5 ani.

Pe fondul plângerii, intimata a solicitat respingerea plângerii, în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

1) Față de susținerile petentei că cerințele impuse prin documentația de atribuire sunt restrictive:

Intimata a solicitat respingerea acestor susțineri ca nefondate, întrucât cerințele din documentația de atribuire sunt, în egală măsură, opozabile oricărui participant la procedură și

implică eforturi în sarcina oricărui operator interesat să depună ofertă. Mai mult, aceste cerințe sunt rezultatul experienței căpătate de către entitatea contractantă până la ora actuală, precum și al analizei lucrărilor deja executate sau în curs de execuție pe coridoarele europene.

De altfel, petenta cunoaște foarte bine condiționările similare care au fost impuse și în privința altor proiecte (achiziții) organizate tot de către având în principal același tip situații în care operatori diferiți (inclusiv contestatorul) au depus oferte fără a contesta specificațiile și cerințele similare și, mai mult, au în prezent în derulare astfel de contracte. Rezultă în mod evident faptul că în egala măsură contestatorul cunoaște piața operatorilor și cerințele în cadrul proiectelor dezvoltate.

2) Față de efectul de captivitate (lock-in efect), pe care petenta susține că l-ar fi identificat în cadrul licitației în discuție:

Intimata a solicitat respingerea acestor susțineri ca nefondate, să se constate că organizat procedura de achiziție în discuție cu respectarea principiilor unei concurențe efective, în deplină transparență și fără discriminare, dând șanse egale tuturor ofertanților la adjudecarea contractului.

Fără temei, petenta susține că ar fi defavorizată față de ofertantul concurent, în condițiile în care și acest ofertant ar avea de realizat aceleași lucrări de modernizare, în situația în care ar câștiga contractul, invocând argumentul că ofertantul concurent a executat anterior tronsonul de care urmează să se lege cel a cărui atribuire se urmărește a se realiza.

Aceste susțineri nu pot fi primite, pentru că în cadrul documentației de atribuire există informațiile necesare, iar aceste informații nu sunt introduse în documentație spre favorizarea potențialului ofertant, deoarece se prezumă că acesta deja le cunoaște, în condițiile în care a executat respectiva lucrare, ci pentru ceilalți operatori, care nu au cunoștință de situația de fapt.

Informațiile, astfel cum au fost puse la dispoziție de entitatea contractantă, sunt suficiente pentru elaborarea unei oferte, nefiind prezentată nicio dovadă din care să rezulte imposibilitatea elaborării acesteia.

Prin urmare, susținerea contestatoarei conform căreia „*Se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct și suplimentar referitor la*

favorizarea evidentă a lui Alstom, în vederea atribuirii întregului contract către acesta”, apare ca fiind nefondată.

De asemenea, susținerile petentei că „*Operatorul concurent este favorizat și prin faptul că în ceea ce privește elaborarea*

se bazează pe o soluție deja implementată cu parametri tehnici specifici operatorului concurent, parametri pe ca impune prin intermediul „Studiului de fezabilitate” și „Specificația tehnică Anexa 2” creand, iarăși, un avantaj direct acestuia”, sunt pur speculative, astfel cum a reținut și CNSC prin decizia atacată, pentru că, pe de o parte, cea care stabilește specificațiile tehnice este entitatea contractantă, iar pe de altă parte, nicidecum 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.

Astfel cum a reținut și CNSC prin hotărârea atacată, petenta nu aduce niciun fel de dovadă din care să rezulte că tehnologia în discuție 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,

procesul tehnologic, având posibilitatea să întocmească o listă de cantități corespunzătoare.

Astfel cum a arătat anterior, soluțiile descrise prin documentația de atribuire și criticate de petentă nu sunt nicidecum soluții selectate ca urmare a vreunei preferințe a autorității față de vreunul dintre potențialii operatori interesați de participarea la această procedură. Dimpotrivă, soluțiile răspund unor evoluții ale sistemelor de centralizare pe care autoritatea dorește să le implementeze tocmai pentru a beneficia de rezultate tehnice performante într-un proiect de asemenea complexitate.

3) Față de cererea subsidiară a petentei privind anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea tratamentului egal

Față de cele mai sus arătate și având în vedere, pe de o parte, că a organizat procedura de achiziție în discuție cu respectarea principiului liberei concurențe, al transparenței și tratamentului egal, fără discriminare și că, pe de altă parte, petenta nu și-a probat susținerile că ar fi fost discriminată și concurența distorsionată, intimata a solicitat respingerea și acestui capăt de cerere ca nefondat.

Cu privire la cererea petentei privind suspendarea procedurii de atribuire, intimata a arătat următoarele:

Petenta nu justifică niciun caz bine întemeiat și nici o pagubă iminentă, conform dispozițiilor art.33 din Legea nr.101/2016.

De asemenea, potrivit acestor dispoziții legale, instanța trebuie să aibă în vedere consecințele probabile asupra interesului public care are prevalență față de interesul privat al petentei

Astfel, a susținut că petenta nu a demonstrat existența unui caz bine justificat, nu a prezentat nicio împrejurare vădită de nelegalitate a documentației de atribuire, nu a dovedit și nici nu a învederat elemente care, fara a fi necesară o analiza pe fond a cererii, conduc la concluzia ca cererea de suspendare este întemeiata pe existenta unui caz temeinic justificat.

Cu privire la cea de a doua cerință, intimata a susținut că petenta nu a demonstrat nici existența unei pagube iminente.

Petenta a afirmat că derularea procedurii în condițiile stabilite prin documentația de atribuire, i-ar pricinui o pagubă iminentă, greu de înlăturat. Cu privire la această susținere, intimata a solicitat a se avea în vedere faptul că a organizat procedura de achiziție în discuție cu respectarea principiilor unei concurențe efective, în deplină transparență și fără discriminare, dând șanse egale tuturor ofertanților la adjudecarea contractului.

Astfel cum a arătat anterior, cerințele din documentația de atribuire sunt, în egala măsură, opozabile oricărui participant la procedură și implică eforturi în sarcina oricărui operator interesat să depună ofertă.

Prin urmare, nu există niciun motiv de prejudiciere a petentei. În schimb, interesul public ar fi iremediabil prejudiciat, prin faptul că procedura de licitație în cauză este un obiectiv de importanță strategică națională, cu finanțare din fonduri europene, iar orice întârziere privind finalizarea procedurii de achiziție sectorială crește considerabil riscul de comiterii absorbției fondurilor europene - situație care are implicații în același timp și în economia României.

2.2. Prin Notele scrise transmise prin poșta electronică la data de 15.12.2020, intimata-entitate contractantă a solicitat ca, pe lângă cele arătate prin întâmpinare, să se aibă în vedere și următoarele aspecte:

1) Cu privire la critica petentei în sensul că la pronunțarea deciziei atacate, CNSC nu ar fi luat în considerare precizarea *„a avea soft-ul rescris (cu program de zăvorâre nou), astfel că se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o”*, intimata a solicitat instanței să constate că această precizare a fost făcută de în considerarea faptului că CNSC nu are cunoștințe tehnice, motiv

pentru care s-a considerat necesară descrierea activităților tehnice care se desfășoară în

Pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea softului 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 – împrejurare cunoscută petentei din alte proiecte pe care le derulează în prezent.

Intimata a solicitat să se constate că CNSC a tratat acest subiect la pag.75 din Decizia atacată, astfel: „De asemenea, contestatoarea nu a prezentat vreo dovadă a faptului că ar fi defavorizată față de ofertantul concurent, în condițiile în care și acest ofertant ar avea de realizat aceleași lucrări de modernizare, în situația în care ar câștiga contractul de față, faptul că a executat anterior tronsonul de care urmează să se lege cel a cărui atribuire se urmărește nescutindu-l pe acesta de executarea respectivelor lucrări. Deși se poate prezuma că acesta cunoaște situația de fapt a tronsonului deja construit, care urmează să fie interconectat cu cel ce se va construi, acest „avantaj” teoretic este suplinat de existența în cadrul documentațiilor a informațiilor necesare pentru interconectare. Deci aceste informații nu sunt introduse în documentație spre favorizarea potențialului ofertant indicat în contestație, deoarece se prezumă că acesta deja le cunoaște, în condițiile în care a executat”.

Intimata a concluzionat că lucrarea în discuție, de rescriere a softului, trebuie efectuată de orice ofertant, fiind necesară și vitală pentru buna funcționare și interoperabilitate a celor două tronsoane.

Din acest motiv a făcut această precizare, pentru a lămuri CNSC, ca a înțeles perfect situația de fapt (astfel cum rezultă din citatul de mai sus), și nu pentru ofertanți, care se presupune că au experiență similară, din proiectele deja executate la

Prin urmare, consideră că soluția CNSC de respingere a criticilor petentei este corectă.

2) Intimata a mai susținut că prin plângere, petenta a încercat impunerea părerilor sale folosind expresii de genul „adevăr de netăgăduit” sau cum afirmă la pct.42 „Doar în felul acesta ofertanților le este impusă obligația de a obține ofertă de la operatorul care a oferită care, cu siguranță, nu este la nivelul costurilor pe care operatorul le-ar suporta dacă ar efectua direct lucrările) – aceasta reprezentând efectul anticoncurențial care trebuie înlăturat în Procedură”.

Intimata a susținut că, așa cum a arătat anterior, toate softurile din stațiile din capete de tronson se modifică pentru realizarea interconectării celor două tronsoane, fapt ce implică acorduri economice și tehnice între constructori, fără implicarea autorității contractante.

Apoi, a susținut că petenta nu a depus nicio dovadă în susținerea acestor afirmații și nici nu a adus contracte sau oferte de preț ca evidență, în condițiile în care a indicat alte contracte pe care le are în implementare.

La pct.45 din plângere, petenta a susținut (fără să dezvolte) că pentru schema de a fost impusă soluția tehnică a

operatorului A150011.

a) Simpla menționare a unei părți din contestația CNSC denotă că de fapt ; nu are o explicație rezonabilă pentru critica adusă.

b) Soluția propusă de CFR este mai ieftină deoarece folosește în loc de cablurile de cupru care au costuri foarte mari, cabluri de FO care sunt mult mai ieftine și sunt deja disponibile pentru rețeaua GSM-R.

c) De asemenea, deoarece losește în 2 cabluri de FO pentru redundanța rețelei este mult mai sigură în funcționare deoarece la secționarea și întrerupe funcționarea generând întâzieri considerabile în circulația trenurilor, în timp ce soluția cu are această problemă, deoarece sunt două cabluri instalate geografic diferit, unul în subteran și unul pe stâlpii liniei de contact, de cealaltă parte a liniei. Probabilitatea secționării simultane a celor două cabluri este

infirmă și implică practic distrugerea completă a liniei, caz în care circulația trenurilor este exclusă.

d) În contestație, la pag.40 se învederează că nu permite folosirea unor soluții alternative „moderne la standarde europene și cu grad mare de siguranță și care au fost implementate pe alte proiecte la În realitate autoritatea contractantă dorește evitarea greșelilor din trecut, când aceste soluții s-au dovedit a fi foarte scumpe, folosind tehnologii învechite și fără să ofere redundanță.

Intimata consideră că este evidentă reaua-credință cu care petenta prezintă situația de grijulie cu prețul contractului, dat faptul că este deloc deranjantă.

Mai mult, petenta nu declară că nu deține o astfel de tehnologie, deoarece ar însemna să recunoască faptul că care o ofertă slabă din punct de vedere economic și tehnic.

It o soluție tehnică competitivă „state of the art” pe care petenta trebuie să o furnizeze.

Tehnologia propusă de este accesibilă oricui, chiar petenta produce switch-uri pe care le foloseșt pentru rețeaua de semnalizare dintre Centralizările Electronice, dintriipamente de semnalizare distanțe.

Consideră că soluția cu cabluri de cupru nu oferă un preț competitiv și nici nu oferă aceeași redundanță și de aceea cerut ca soluția cu cabluri de cupru să fie evitată de către ofertanți.

3. Cererea de intervenție accesorie și apărarea intimitei cu privire la această cerere

3.1. La data de 14.01.2021, societatea formulat cerere de intervenție accesorie în susținerea plângerii formulate de prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție atât în principiu, cât și pe fond și, pe cale de consecință, să se dispună:

a) admiterea plângerii promovate de către ipotriva Deciziei CNSC;

b) suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei cauze, potrivit dispozițiilor art. 33 alin.(1) din Legea nr. 101/2016, cu consecința decalării termenului de depunere a ofertelor;

c) modificarea în parte a Deciziei CNSC în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și menționării exprese a faptului că

d) în subsidiar, în situația în care modificarea documentației de atribuire nu ar putea fi dispusă, anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiului tratamentului egal.

În motivarea cererii de intervenție, s-au invocat următoarele argumente:

1) Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție:

În justificarea admisibilității în principiu a cererii de intervenție, intervenienta a arătat că este operator economic interesat să depună ofertă în Procedura de atribuire; documentația de atribuire conține, la acest moment, o serie de prevederi de natură a avantaja un anume operator economic concurent și de a distorsiona concurența; neadoptarea măsurii de remediere și menținerea documentației de atribuire în forma actuală conduce la restrângerea concurenței și, pe cale de consecință, la restrângerea, în mod nejustificat, a dreptului legitim al de a participa la Procedura de atribuire cu o ofertă care să corespundă cerințelor impuse; dreptul a depune o ofertă în cadrul Procedurii de atribuire este afectat de cerințele indicate de către ca fiind restrictive și contrare principiului liberei concurențe dintre ofertanți; demersul procedural al este orientat spre susținerea criticilor invocate de către, în vederea dispunerii măsurii de remediere care impune modificarea documentației de atribuire în ceea ce privește rescrierea software-ului. lipsa acestei modificări fiind de natură să împiedice operatorii economici.

promovat contestație împotriva Răspunsului la solicitarea de clarificări nr.1.D/2/1204/18.12.2020 emis de entitatea contractantă în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, aspect care justifică suplimentar interesul societății de a promova prezenta cerere de intervenție.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție direct în calea de atac, intervenienta a arătat că interesul legitim al societății de promova prezenta cerere de intervenție accesorie, precum și fundamentul admisibilității acestei cereri rezidă inclusiv în aplicarea principiului efectivității căii de atac recunoscut la nivelul legislației și jurisprudenței europene, conform art.1 alin.(3) din Directiva 89/665/CEE din 21 decembrie 1987, iar o eventuală respingere ca inadmisibilă a prezentei cereri ar încălca dreptul la o cale de atac efectivă, contravenind dispozițiilor de drept european care reglementează dreptul persoanei care are sau care a avut un interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare, la căile de atac.

În concluzie, rezultă că cererea de intervenție accesorie este admisibilă iar interesul societății este dovedit și justificat prin dreptul de a depune o ofertă în cadrul Procedurii de atribuire, care, însă, nu poate fi exercitat dacă documentația de atribuire conține cerințe restrictive care încalcă principiul concurenței efective și favorizează nejustificat Operatorul concurent.

2) Intervenienta a arătat că se impune suspendarea Procedurii de atribuire și decalarea termenului de depunere a ofertelor.

În ce privește cererea de suspendare, intervenienta a arătat că sunt îndeplinite condițiile în care instanța poate dispune măsura suspendării prevăzute de art. 33 alin. (1) din Legea nr. 101 /2016, respectiv existența unui caz temeinic justificat și necesitatea prevenirii unei pagube iminente.

În situația în care instanța va dispune suspendarea Procedurii de atribuire, este necesară și decalarea datei limită de depunere a ofertelor cu o perioadă egală cu cea pentru care a fost dispusă suspendarea.

3) Intervenienta a susținut că plângerea este fondată și în argumentarea necesității remedierii documentației de atribuire în sensul în care rescrierea software-ului trebuie să fie în sarcina entității contractante, a arătat următoarele:

Premisa de la care a demarat prezentul litigiu constă în aceea că , inclus în obiectul contractului de achiziție publică ce se dorește a fi atribuit obiectivul

Anterior derulării prezentei Proceduri de atribuire, Operatorul concurent a efectuat lucrări substanțiale de reabilitare și modernizare asupra stației , unde a implementat instalația de centralizare electronică, ce presupune atât o componentă de software, cât și o componentă de hardware, cu impact major asupra siguranței circulației pe calea ferată.

Pentru a se putea moderniza / reconfigura în temeiul contractului ce face obiectul prezentei Proceduri de atribuire, sunt necesare schimbări ale sistemelor / instalațiilor puse deja în funcțiune de către Operatorul concurent în cadrul unui alt

De asemenea, schimbările sistemelor / instalațiilor aflate deja în funcțiune la stația sunt necesare pentru a se putea realiza interoperabilitatea liniilor de cale ferată, în vederea asigurării continuității tronsonului de cale ferată

Or, toate aceste schimbări de software și hardware ale sistemelor / instalațiilor nu pot fi realizate decât de către Operatorul concurent, dat fiind că acesta a implementat deja și deține dreptul de proprietate intelectuală asupra instalației din această stație.

Practic, Operatorul concurent este singurul posibil ofertant care cunoaște toate care deține codul sursă și care are know-how-ul necesar pentru a opera modificările, fiind avantajat față de ceilalți posibili ofertanți,

care nu vor reuși, în mod obiectiv, să implementeze modificările de software ale instalației de centralizare electronică fără a apela exclusiv la Operatorul concurent.

De regulă, crearea unui soft precum cel în discuție în prezenta Procedură de atribuire, având impact și importanță majore pentru siguranța circulației feroviare, necesită o perioadă îndelungată de timp, în care se fac analize tehnice și de securitate și se caută varianta cea mai fezabilă și sigură, care să asigure siguranța traficului feroviar, trecând printr-un proces amplu de cercetare, dezvoltare, verificare și validare.

Or, dacă documentația de atribuire va rămâne în forma în care se află în prezent, ofertantul câștigător al Procedurii de atribuire (oricare altul decât Operatorul concurent) va fi pus în imposibilitatea modificării acestui software, dat fiind că nu cunoaște nici procesul prin care a fost dezvoltat software-ul și nici detaliile care i-ar permite această modificare, unicul operator care cunoaște în detaliu software-ul fiind, în mod evident, producătorul său, respectiv Operatorul concurent.

Astfel, prin forma actuală a documentației de atribuire, care nu prevede în mod expres care sunt limitele obligațiilor pe care ofertantul câștigător și le va asuma în ceea ce privește activitățile aferente _____, i care permite concluzia că reconfigurarea și modificarea software-ului va fi în sarcina ofertantului câștigător, se creează cu bună-știință un avantaj evident în favoarea Operatorului concurent și un efect distorsionant al liberei concurențe. Este contrar legislației europene și naționale privind achizițiile publice avantajarea evidentă a unui anumit operator economic, astfel că efectul anticoncurențial existent în prezent în Procedura de atribuire trebuie să fie înlăturat de către instanța de judecată.

Singura posibilitate de a înlătura acest efect anticoncurențial este reprezentată de modificarea documentației de atribuire și precizarea expresă a faptului că rescrierea software-ului din instalația de centralizare electronică din _____ va fi în sarcina Entității contractante, aceasta din urmă având atribuția de a conlucra cu Operatorul concurent și de a trata reconfigurarea stației în mod distinct de prezenta Procedură de atribuire.

Prin urmare, ofertantul câștigător ar trebui să fie răspunzător doar de asigurarea lucrărilor necesare de pregătire a interfețelor în vederea interoperabilității liniilor de cale ferată, cu excluderea reconfigurării sistemelor software și hardware ale instalației de centralizare electronică, care ar trebui să fie în sarcina exclusivă a Entității contractante, respectiv a Operatorului concurent.

Intervenienta a mai susținut că forma actuală a documentației de atribuire 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 și avantajarea nejustificată a Operatorului concurent.

În acest sens, a arătat că afirmația Entității contractante privind rescrierea software-ului nu a fost transpusă în documentația de atribuire, care ar fi trebuit realizată printr-o măsură de remediere ori de clarificare și publicată în SICAP, pentru a deveni opozabilă tuturor ofertanților interesați să participe la Procedura de atribuire.

Or, în contextul în care documentația de atribuire nu conține toate cerințele și precizările Entității contractante, aceasta încalcă principiul egalității de tratament și principiul transparenței care guvernează în mod obligatoriu procedurile de achiziții publice.

Principiul tratamentului egal și cel al transparenței, care derivă din cel dintâi, presupun ca: a) Pe de o parte, toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și, prin urmare, acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții; și b) Pe de altă parte, toate informațiile relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, totodată, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul cauză.

Intervenienta a afirmat în continuare că documentația de atribuire încalcă principiul liberei concurențe.

Forma actuală a documentației de atribuire, în temeiul căreia ofertantul câștigător al Procedurii de atribuire are obligația de reconfigurare a software-ului implementat deja în [redacted] determină restrângerea artificială a concurenței și oferă un avantaj nejustificat Operatorului concurent.

Astfel cum a menționat anterior, Operatorul concurent este singurul care deține

În acest context, ofertanții interesați să participe la prezenta Procedură de atribuire sunt împiedicați să prezinte o ofertă completă în ceea ce privește activitățile care trebuie realizate în [redacted], dat fiind că modificarea software-ului nu poate fi realizată decât de către Operatorul concurent, cu atât mai mult cu cât software-ul implementat se află încă în perioada de garanție, așa cum reiese chiar din comunicatul de presă emis de către Entitatea contractantă în data de 26 noiembrie 2019, perioada de garanție fiind de „24 de luni de la data recepției lucrărilor”.

Prin urmare, ofertanții sunt împiedicați să participe în mod neîngrădit la Procedura de atribuire, fiind dezavantajați față de Operatorul concurent care deține codul sursă al software-ului și cunoaște toate detaliile tehnice care îi permit să reconfigureze stația.

Astfel, documentația de atribuire încalcă în mod flagrant principiul liberei concurențe, care reprezintă unul dintre pilonii fundamentali ai procedurilor de achiziții publice.

Intervenienta a afirmat că situația concretă denotă un puternic efect anticoncurențial constând în: a) forțarea ofertanților de a contracta serviciile Operatorului concurent, fiind dependenți de acesta din urmă, care are libertatea chiar să refuze cooperarea, ceea ce echivalează cu blocarea accesului în licitație, ori cu imposibilitatea ulterioară de a își îndeplini obligațiile contractuale asumate față de [redacted] cu posibilitatea acestuia din urmă de a rezilia contractul și de a aplica penalități; b) avantajarea evidentă a Operatorului concurent, în condițiile în care acesta va oferi prețuri mult mai mari pentru suportul acordat ofertanților concurenți, decât prețul pe care îl va include în oferta sa în prezenta licitație.

În acest context, rezultă că s-a creat un veritabil efect de captivitate (lock-in) al Entității contractante (implicit și al ofertanților interesați) față de Operatorul concurent, aspect care presupune faptul că Entitatea contractantă este dependentă de serviciile oferite de către Operatorul concurent.

Dependența autorităților contractante / entităților contractante de serviciile oferite de către un singur furnizor constituie o restricție a concurenței între operatorii economici, în speță Entitatea contractantă având, totuși, la îndemână resursele necesare pentru a evita denaturarea concurenței, respectiv modificarea documentației de atribuire în mod transparent și precizarea expresă a faptului că rescrierea software-ului intră în atribuțiile Entității contractante și în niciun caz a ofertanților.

Principiul liberei concurențe este aplicat constant de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, care recunoaște expres faptul că unul dintre obiectivele derulării procedurilor de achiziții publice constă în deschiderea concurenței între operatorii economici. În acest sens, redăm cu titlu exemplu următoarele extrase relevante din jurisprudența CJUE:

- „Curtea a hotărât că unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, citată anterior, punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538107, nepublicată încă în Repertoriu, punctul 26).” (subl. ns.);

- „Este necesar să se amintească, în această privință, că normele comunitare din domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice au fost adoptate în cadrul realizării pieței interne, în care libera circulație este asigurată și practicile care restrâng concurența sunt eliminate (a se vedea în acest sens Hotărârea din 21 februarie 2008, Comisia/Italia, C-412/04, Rep., p. 1-619, punctul 2). În acest context al unei piețe interne unice și al unei

concrente efective, este în interesul dreptului comunitar să se asigure o participare cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă.” (subl. ns.).

De o importanță deosebită este hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-796/18, prin care instanța europeană a statuat următoarele:

„69 Or, potrivit articolului 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24, pe de o parte, autoritățile contractante trebuie să trateze operatorii economici în mod egal și fără discriminare, precum și să acționeze într-o manieră transparentă și proporționată și, pe de altă parte, conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al acestei directive sau de restrângere artificială a concurenței, aceasta fiind considerată ca fiind restrânsă artificial în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.

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 orașul 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, că accesul la acest cod sursă unic este suficient pentru a garanta ca operatorii economici interesați de atribuirea contractului vizat sunt tratați în mod transparent, egal și nediscriminatoriu.” (subl. ns.).

Prin urmare, dat fiind faptul că doar Operatorul concurent are acces la codul sursă al software-ului, ofertanții interesați nu pot realiza lucrările de modificare a instalației de centralizare electronică din astfel că rezultă un avantaj nejustificat în favoarea Operatorului concurent, fiind încălcat principiul liberei concurențe care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice.

Intervenienta a mai arătat că un alt efect al menținerii formei actuale a documentației de atribuire este reprezentat de creșterea prețurilor care pot fi oferite de către ceilalți operatori economici interesați să participe la Procedura de atribuire.

Efectul este unul firesc și natural, dat fiind că ofertanții interesați vor fi obligați să solicite oferte de preț de la Operatorul concurent, pentru a putea include în oferta financiară sumele necesare în vederea reconfigurării și modificării software-ului din stația Glogovăț.

Or, este evident că Operatorul concurent nu va transmite o ofertă de preț egală cu costurile pe care acesta le-ar suporta dacă obligația de modificare a software-ului ar fi în sarcina sa, ci va pretinde valori mult mai mari, dată fiind economia de piață. Întotdeauna Operatorul concurent va avea costuri mai mici decât ceilalți ofertanți, în ceea ce privește modificarea software-ului, dat fiind că produsul se află în proprietatea sa.

În acest sens, a arătat că a transmis cerere de ofertă către / are a solicitat o ofertă de preț în privința costurilor de modificare a software-ului nu a formulat niciun răspuns până la data redactării prezentei cereri de intervenție.

Practic, operatorii economici interesați depind exclusiv de prețurile pe care Operatorul concurent le va solicita, determinând astfel o creștere substanțială a prețurilor oferite în Procedura de atribuire și, pe cale de consecință, favorizarea nejustificată a

Operatorului concurent, care va prezenta o ofertă financiară inferioară celorlalți ofertanți și, deci, mai avantajoasă din perspectiva Entității contractante.

Mai mult, sumele aferente modificării instalației de centralizare electronică din stația nici măcar nu au fost incluse inițial în valoarea contractului, iar Entitatea contractantă nu a solicitat o cotație separată pentru aceste lucrări, respectiv nu a previzionat separat sumele necesare pentru acest obiectiv.

Abia prin Răspunsul consolidat la clarificări nr. 1.D/2/1204/18.12.2020 („Răspunsul consolidat”) și care face obiectul contestației promovate de către [redacted] Entitatea contractantă a introdus o categorie de „alte costuri” referitoare la costurile determinate de reconfigurarea și interconectarea subsistemelor (de centralizare electronică, dar și celelalte subsisteme ce ar necesita modificări: [redacted] vrate anterior și le sugerează ofertanților 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. 11.2.5 din Fișa de Date a Achiziției nu reflectă astfel de costuri.

Mai mult, prin Răspunsul consolidat, Entitatea contractantă nu doar că nu elimină efectul anticoncurențial din prezenta Procedură de atribuire, ci chiar obligă ofertanții la efectuarea unor lucrări suplimentare față de cele prevăzute inițial în documentația de atribuire, dintre care menționăm, de exemplu, „activități suplimentare de modificare / reconfigurare (inclusiv proiectarea unor soluții proprietare) a unor instalații/subsisteme implementate de un [redacted]”

Astfel, ofertanții interesați să participe la Procedura de atribuire sunt forțați să negocieze în mod direct cu Operatorul concurent, pentru a achiziționa servicii în vederea îndeplinirii contractului, rezultând astfel efectul anticoncurențial generat de conduita Entității contractante.

În loc să clarifice aspectele tehnice în vederea interfațării cu subsistemele vecine (o abordare utilizată în mod frecvent în cadrul procedurilor de atribuire anterioare), Entitatea contractantă forțează într-un mod nerezonabil ofertanții interesați să suplimenteze obiectul contractului, în cadrul aceleiași valori estimate, prin reconfigurarea (inclusiv proiectarea) unor subsisteme deja implementate și puse în funcțiune de către Operatorul concurent, care se află în perioada de garanție.

Interconectarea sistemelor nu poate fi obținută la nivelul ofertanților, prin negocieri directe purtate între aceștia (deoarece această situație creează din start premisele distorsionării concurenței), ci la nivelul Entității contractante, prin mijlocirea asigurată de către 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 dispozițiile art. 49.3 din H.G. nr. 1/2018.

Entitatea contractantă trebuia să solicite o ofertă de preț separată de la Operatorul concurent, dat fiind că este singurul operator care poate interveni asupra sistemului de [redacted] să includă acest preț în categoria sumelor provizionate, în conformitate cu art. 49.3 din H.G. nr. 1/2018. Prin această modalitate în care responsabilitatea asupra acestor sume aparține Entității contractante, ar fi fost diminuat riscul de distorsionare a concurenței în prezenta Procedură de atribuire.

Cu toate că Entitatea contractantă a organizat proceduri de atribuire similare, unde a respectat principiile egalității de tratament, transparenței și liberei concurențe, în prezenta Procedură de atribuire aceste principii sunt încălcate în mod flagrant. Se observă, astfel, un veritabil avantaj nejustificat acordat Operatorului concurent, de a cărui dependență Entitatea contractantă nu pare a fi deranjată, deși are obligația respectării legislației în materie de achiziții publice.

Operatorul concurent beneficiază, așadar, de un avantaj evident în Procedură, nu doar prin faptul că va putea oferta la rândul său un preț mai mic, ci și prin faptul 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.

4) În subsidiar, în măsura în care nu se poate dispune măsura remedierii documentației de atribuire, în sensul precizat de către petentă și de către intervenientă, aceasta din urmă a susținut că se impune anularea Procedurii de atribuire sau obligarea Entității contractante la anularea acestei Proceduri, pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiilor egalității de tratament și transparenței, invocând dispozițiile art. 34 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016 și art.225 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 99/2016.

Raportat la prezenta cauză, în situația în care documentația de atribuire nu poate fi remediată și, astfel, va prezenta aceeași formă ca cea din prezent, se încalcă principiile sus-amintite, motiv pentru care nu se justifică menținerea unei proceduri care este contrară dispozițiilor legale. Astfel, sancțiunea incidentă nu poate fi decât anularea Procedurii.

Efectul anticoncurențial nu ar fi înlăturat dacă rescrierea software-ului ar rămâne în sarcina ofertanților, având în vedere argumentele expuse deja în secțiunile anterioare. Singura măsură care ar respecta principiile aplicabile achizițiilor publice ar fi modificarea documentației de atribuire și precizarea expresă a faptului că rescrierea software-ului va fi în sarcina Entității contractante. În lipsa unei astfel de măsuri, care să plaseze rescrierea software-ului în afara Procedurii de atribuire, documentația de atribuire ar continua să fie nelegală, astfel că singura opțiune ar fi anularea întregii Proceduri.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 și urm. C.proc.civ.

3.2. Poziția entității contractante cu privire la cererea de intervenție accesorie

La data de 27.01.2021, intimată a formulat întâmpinare față de cererea de intervenție accesorie formulată de _____ în interesul petentei _____, împotriva Deciziei CNSC nr.2103/C4/2389,2390,2391/13.11.2020 (filele 341-348), prin care a formulat următoarele excepții și apărări:

- Cererea de intervenție este inadmisibilă, pentru următoarele motive:

Nu îndeplinește condițiile prevăzute de art. 33 din C.proc.civ., în sensul că nu justifică interesul pentru care a intervenit în proces, în favoarea unui potențial competitor, respectiv al petentei

Conform art.33 și art.61 alin.(1) și (3) C.proc.civ., pentru ca cererea de intervenție formulată de intervenienta _____ să fie admisibilă, trebuie să îndeplinească, în primul rând, condiția interesului personal în proces, care constă în apărarea unui drept sau interes propriu, suplimentar dreptului părții în folosul căreia a intervenit.

În același sens sunt și dispozițiile art.2 alin. (1) din Legea 101/2016.

Prin urmare, conform dispozițiilor legale enunțate, cererea de intervenție accesorie formulată de _____ în interesul petentei _____, este inadmisibilă, pentru că nu îndeplinește condiția prevăzută de lege, respectiv ca interesul pentru care a intervenit să fie unul personal.

Un alt motiv de inadmisibilitate a cererii de intervenție formulată de intervenienta _____ în interesul petentei _____, este că nu poate fi formulată în calea de atac, conform art. 61 alin (2) C.proc.civ.

- Cu referire la solicitarea intervenientei privind suspendarea procedurii, a solicitat respingerea acesteia ca rămasă fără obiect, întrucât prin Încheierea nr.30/C4/2953,2954/05.01.2021, CNSC a dispus suspendarea procedurii, iar entitatea contractanta s-a conformat, încă din data de 14.01.2021 (data comunicării).

- Față de solicitarea intervenientei _____ privind decalarea datei limită de depunere a ofertelor, a solicitat respingerea acestei solicitări întrucât autoritatea contractantă a luat măsură decalării datei limită de depunere a ofertelor, cu 84 de zile, ofertanții beneficiind până în prezent de un număr de 118 zile de la data publicării anunțului de participare, pentru studierea documentației de atribuire.

- Cu privire la cererea intervenientei privind anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea tratamentului egal, intimata a arătat că anularea procedurii de atribuire ar prejudicia atât interesele operatorilor economici înscriși la procedură, cât și interesele entității contractante și implicit interesul public în ceea ce privește dezvoltarea infrastructurii feroviare publice aflate în administrarea

Față de cele mai sus arătate și având în vedere, pe de altă parte, că organizat procedura de achiziție în discuție cu respectarea principiului liberei concurențe, al transparenței și tratamentului egal, fără discriminare și că, pe de altă parte, petenta nu și-a aprobat susținerile că ar fi fost discriminată și concurența distorsionată, a solicitat respingerea și acestui capăt de cerere ca nefondat.

A mai arătat că principiul tratamentului egal și cel al transparenței, care derivă din cel dintâi, presupun ca: a) pe de o parte, toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și, prin urmare, acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții; și b) pe de altă parte, toate informațiile relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, totodată, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul cauză.”

Scopul acestui proiect este realizarea unei rețele moderne de cale ferată integrată în

Din acest motiv interconectarea între proiecte este un obiectiv în cadrul tuturor proiectelor. Interconectarea și realizarea dublării prii a fost descrisă în cadrul proiectului.

Prezumiția existenței pe care l-ar avea operatorii economici ce implementează soluția folosită în cadrul nu poate fi înlăturat și, dată fiind situația evidentă de fapt (existența unei instalații de Centralizare în care vor fi interconectate alte echipamente) nu este de natura a fi interpretat ca încălcând prevederile art. 165 alin (6) din Legea nr. 99/2016.

Față de susținerile de la punctul 48 al plângerii dedusă judecătii, „48. În acest context, ofertanții interesați să participe la prezenta Procedura de atribuire sunt împiedicați să prezinte o oferta completa în ceea ce privește

Operatorul concurent, cu atât mai mult cu cât software-ul implementat se află încă în perioada de garanție, așa cum reiese chiar din comunicatul de presă emis de către Entitatea contractantă în data de 26 noiembrie 2019, perioada de garanție fiind de „24 de luni de la data recepției lucrărilor”, intimata a susținut că faptul că instalația de la Glogovăț este în garanție în prezent nu are nicio relevanță în stabilirea ofertei. Ofertele se fac luând în considerare mai mulți factori inclusiv că implementarea se va face peste mai mulți ani. Orice ofertă conține o marjă de eroare și din motivul acesta Entitatea Contractantă impune experiență în proiectele pe care le lansează pentru a evita situațiile când un ofertant nu știe cât costă adaptarea unei instalații. Astfel de adaptări au fost realizate în mai multe țări și chiar

- Față de susținerile intervenientei care cerințele impuse prin documentația de atribuire sunt restrictive, intimata a solicitat respingerea acestei susțineri ca nefondate, întrucât cerințele din documentația de atribuire sunt, în egală măsură, opozabile oricărui participant la procedură și implică eforturi în sarcina oricărui operator interesat să depună ofertă. Mai mult, aceste cerințe sunt rezultatul experienței căpătate de către entitatea contractantă până la ora actuală, precum și al analizei lucrărilor deja executate sau în curs de execuție pe coridoarele europene.

De altfel, intervenienta cunoaște la rândul ei foarte bine condiționările similare care au fost impuse și în privința altor proiecte (achiziții) organizate tot de către având în principal același tip de contract, situații în care operatori diferiți (inclusiv contestatorul) au depus oferte fără a contesta specificațiile și cerințele similare și, mai mult, au în prezent în derulare astfel de contracte. Rezulta în mod

evident faptul ca in egala masura contestatorul cunoaste piata operatorilor si cerintele in cadrul proiectelor dezvoltate.

- In ce priveste efectul de captivitate (Lock-in efect) pe care intervenient sustine ca l-ar fi identificat in cadrul licitatiei in discutie, intimata a solicitat respingerea acestei sustineri ca nefondate si a solicitat sa se constate ca a organizat procedura de achizitie in discutie cu respectarea principiilor unei concurențe efective, in deplina transparenta si fara discriminare, dand șanse egale tuturor ofertanților la adjudecarea contractului.

Fara temei, intervenienta sustine ca ar fi defavorizata fata de ofertantul concurent, in conditiile in care si acest ofertant ar avea de realizat aceleasi lucrari de modernizare, in situatia in care ar castiga contractul, invocand argumentul ca ofertantul concurent a executat anterior tronsonul de care urmeaza sa se lege cel a carui atribuire se urmareste a se realiza.

Aceste sustineri nu pot fi primite, pentru ca in cadrul documentatiei de atribuire exista informatiile necesare, iar aceste informatii nu sunt introduse in documentatie spre favorizarea potentialului ofertant, deoarece se prezuma ca acesta deja le cunoaste, in conditiile in care a executat respectiva lucrare, ci pentru ceilalti operatori, care nu au cunoștința de situatia de fapt.

Informatiile, astfel cum au fost puse la dispozitie de entitatea contractanta, sunt suficiente pentru elaborarea unei oferte, nefiind prezentata nicio dovada din care sa rezulte imposibilitatea elaborării acesteia.

Prin urmare, sustinerea intervenientei conform careia „*Se impune, in aceste conditii, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct si suplimentar referitor la*

apare ca fiind nefondata.

De asemenea, sustinerile intervenientei ca „*Operatorul concurent este favorizat si prin faptul ca in ceea ce priveste e*

impune prin intermediul "Studiului de fezabilitate" si "Specificatia tehnica Anexa 2 - creanu, iarasi, un avantaj direct acestuia" - sunt pur speculative, astfel cum a retinut si CNSC prin decizia atacata, pentru ca, pe de o parte, cea care stabileste specificatiile tehnice este entitatea contractanta, iar pe de alta parte, niciodata executarea anumitor lucrari similare celei a carei atribuire se urmareste nu reprezinta un element neconcurential sau o practica ilicita, ci dimpotriva, experienta similara este universal recunoscuta ca fiind o cerinta de calificare. Nu se poate considera in baza niciunui argument logic si legal ca existenta unor lucrari similare deja executate ar fi o practica ilicita, deoarece i-ar favoriza pe operatorii care au executat deja lucrarea similara.

Astfel cum a retinut si CNSC prin hotararea atacata, intervenienta nu aduce niciun fel de dovada din care sa rezulte ca tehnologia in discutie face trimitere la un anumit operator economic, fiind proprie doar acestuia, deci inaccesibila altor operatori, respectiv ca specificatiile sunt restrictive, argumentele sale bazandu-se exclusiv pe prezumtia ca executand

Astfel cum a aratat mai sus, solutiile descrise prin documentatia de atribuire si criticate de petenta nu sunt nicidecum solutii selectate ca urmare a vreunei preferinte a autoritatii fata de vreunul dintre potentialii operatori interesati de participarea la aceasta

procedură. Dimpotrivă, soluțiile răspund unor evoluții ale sistemelor de centralizare pe care autoritatea dorește să le implementeze tocmai pentru a beneficia de rezultate tehnice performante într-un proiect de asemenea complexitate.

- Față de cererea intervenientei privind anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea tratamentului egal, având în vedere cele mai sus arătate și faptul că, pe de o parte a organizat procedura de achiziție în discuție cu respectarea principiului liberei concurențe, al transparenței și tratamentului egal, fără discriminare și că, pe de altă parte, intervenienta nu și-a probat susținerile că ar fi fost discriminată și concurența distorsionată, a solicitat respingerea și acestui capăt de cerere ca nefondat.

- Pe fondul cererii de intervenție, intimata a solicitat respingerea acesteia ca neîntemeiată, reiterând argumentele invocate prin întâmpinarea la plângerea formulată de

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 31 alin.(2) din Legea nr. 101/2016.

4. Aspecte procedurale

4.1. Potrivit art.36¹ din Legea nr.101/2016, plângerea este scutită de plata oricărei taxe judiciare de timbru.

4.2. În ședința de judecată din 15.12.2020, Curtea a solicitat intimatei-entitate contractantă să precizeze în scris excepția inadmisibilității invocată prin întâmpinare.

Conformându-se dispozițiilor instanței, intimata-entitate contractantă a depus Precizări la data de 13.01.2021 (f.189-190), prin care a arătat că motivele pentru care a solicitat respingerea plângerii, în principal, ca inadmisibilă, sunt următoarele:

1) Pentru încălcarea dispozițiilor prevăzute de art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, întrucât plângerea dedusă judecării în prezenta cauză are un petit diferit față de petitul contestației deduse judecării în fața CNSC și implicit motivele invocate în fața Curții pentru susținerea plângerii care face obiectul judecării sunt diferite față de motivele invocate în fața CNSC în susținerea contestației;

2) În conformitate cu dispozițiile Legii nr.99/2016, atributul elaborării documentației de atribuire aparține autorității contractante, în speță

Astfel, are dreptul exclusiv de apreciere în ceea ce privește elaborarea documentației de atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice, urmărind asigurarea respectării interesului general. Fiind un drept exclusiv, activitatea de elaborare a documentației de atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice nu poate fi cenzurată decât atunci când sunt încălcate principiile generale ale achizițiilor publice.

Astfel cum a arătat prin Notele depuse la termenul din 15.12.2020, pretenția petentei de modificare a documentației de atribuire și menționarea expresă a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din (cu program de înzăvorâre nou) să fie în sarcina încalcă dreptul autorității contractante de a propune soluția tehnică cea mai ieftină și cea mai sigură în funcționare, accesibilă oricărui potențial ofertant.

^ mai arătat că aprecierea diferită a petentei față de soluția tehnică propusă de ate conduce la modificarea acesteia, atât timp cât autoritatea are posibilitatea de a alege soluțiile care corespund cel mai bine interesului general.

4.3. În ședința publică din 14.01.2021, petenta a învederat Curții că CNSC a dispus măsura suspendării procedurii, în cadrul procedurii de soluționare a unei a doua contestații formulate împotriva unui răspuns de clarificări, prin urmare capătul de cerere privind suspendarea a rămas fără interes. Totodată, a învederat că a prorogată termenul de depunere a ofertelor pentru 15.02.2021.

4.4. La data de 27.01.2021, petenta a depus Note de ședință prin care, în susținerea plângerii, a depus:

- Hotărârea nr.354-01/19-8 a Comisiei Naționale pentru Controlul Achizițiilor), care a validat teza juridică invocată în

susținerea prezentei plângeri, inclusiv clarificările/măsurile de remediere luate de autoritatea contractantă în sensul eliminării efectului anticoncurențial;

- 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.

4.5. Curtea a încuviințat proba cu înscrisuri, în conformitate cu prevederile art.31 alin.(3) din Legea nr.101/2016 și art.258 alin.(1) raportat la art.255 alin.(1) din Codul procedură civilă, apreciind-o ca fiind pertinentă, utilă și concludentă cauzei.

4.6. În ședința de dezbateri din 28.01.2021 s-a încuviințat în principiu cererea de intervenție accesorie și, după punerea în discuția contradictorie a părților, Curtea a rămas în pronunțare pe excepția rămânării cererii de suspendare ca lipsită de obiect/interes, pe excepția inadmisibilității plângerii invocată de intimata-autoritate contractantă, cât și pe plângere și pe cererea de intervenție accesorie.

4.7. În termenul de pronunțare, atât petenta cât și intimata-entitate contractantă au depus concluzii scrise, avute în vedere de Curte în analiza cauzei.

5. Analiza Curții de privire la plângerea formulată

Analizând plângerea prin raportare la criticile formulate, Curtea reține următoarele:

5.1. Situația de fapt

Intimata-entitate contractantă a organizat o Procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. _____ din 19.10.2020, valoarea estimată a procedurii fiind de _____

5.2. Procedura desfășurată în fața CNSC

5.2.1. Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, au formulat

5.2.2. Societatea _____ a formulat contestație împotriva anunțului de participare, fișei de date și a documentației de atribuire, prin care a solicitat:

- suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații în conformitate cu prevederile art.22 din Legea nr.101/2016;

- obligarea entității contractante la modificarea anunțului de participare, fișei de date și a documentației de atribuire, în sensul remedierii neregulilor consemnate prin intermediul prezentei contestații;

- în cazul în care nu pot fi dispuse măsurile de remediere corespunzătoare, anularea Procedurii de atribuire sau obligarea entității contractante la luarea măsurii anulării Procedurii de atribuire.

În motivarea contestației, contestatoarele a invocat, în sinteză, următoarele argumente:

- documentația de atribuire este concepută pentru a favoriza un anumit operator economic, ceea ce reprezintă o gravă încălcare a legii;

- includerea în obiectul achiziției pentru conferă un avantaj competitiv semnificativ pentru Operatorul concurent care a implementat deja instalația de

1 prezintă o ramificație de cale ferată care nu face
nd legată de prezenta licitație doar pentru a
crea elemente care să permită favorizarea Operatorului concurent;

- efectul includerii determină creșterea foarte mare a prețurilor pe care le pot oferi ceilalți participanți, fiind denaturată astfel concurența între participanți;

- documentația de atribuire cuprinde cerințe tehnice restrictive prin care participanții sunt forțați să apeleze la soluțiile tehnice ale aceluiași Operator concurent;

- documentația de atribuire este incompletă;

incluse nici costurile aferente;

- perioada de referință prevăzută pentru cerința de calificare referitoare la experiența similară în proiectare este excesiv de restrictivă, nejustificată și crează obstacole anticoncurențiale;

- solicitările referitoare la autorizații/agremente AFER care să includă referințe la lucrări de întreținere și/sau reparații constituie, de asemenea, cerințe nejustificate care nu au nicio legătură cu obiectul contractului;

- în capitolul 3.4 din Caietul de sarcini sunt introduse Condiții speciale contractuale care încalcă în mod flagrant prevederile HG nr.1/2018.

Contestația a fost înregistrată pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.47452/30.10.2020.

5.2.3. În conformitate cu prevederile art.61¹ din Legea nr.101/2016, pentru soluționarea contestației, societatea : a depus Recipisa de consemnare a cauțiunii nr.2066048661/1/27.10.2020,

5.2.4. Conform prevederilor art.17 alin.(2) din Legea nr.101/2016, contestațiile au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară.

5.2.5. Prin Decizia nr.2103/C4/2389, 2390, 2391 din 13.11.2020 pronunțată de

loturi, în ceea ce privește riscurile contractului, prin corelarea cu modelele de condiții generale atașate documentației, în concordanță cu prevederile HG nr. 1/2018”, iar în temeiul art.26 alin.(6) din Legea nr.101/2016, au fost respinse ca nefondate restul criticilor din contestații.

Pentru a pronunța această decizie, cu privire la contestația formulată de contestatoarea: Consiliul a avut în vedere următoarele argumente:

Această serie de prevederi ale documentației de atribuire, considerând că ar exista încălcări grave ale legislației aplicabile și că structurarea obiectului achiziției și introducerea unor elemente restrictive de natură tehnică conferă un avantaj competitiv semnificativ unuia dintre operatorii economici concurenți.

Analizând criticile formulate, Consiliul a reținut că aceasta se plânge de includerea în obiectul activităților solicitate pentru lotul 2 a ramificației de cale ferată

....., care, în opinia sa, ar determina favorizarea operatorului economic care a implementat instalația de centralizare electronică în : , care se află la capătul ramificației introdusă în mod suplimentar.

În motivarea criticilor sale, contestatoarea arată că cut obiectul unor lucrări substanțiale de reabilitare și modernizare în cadrul „Proiectului de reabilitare linie

..... (operatorul concurent), or includerea modificărilor acestei stații în obiectul achiziției și a lucrărilor aferente care implică, de altfel, multiple alte schimbări ale sistemelor/instalațiilor puse în funcțiune deja în stația respectivă, conduc la condiționalități speciale care pot fi realizate în prezent doar de către operatorul concurent.

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

Consiliul a reținut că, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, nu are în competență stabilirea necesităților entității contractante, respectiv oportunitatea introducerii sau eliminării anumitor lucrări într-un contract sau introducerea acestora într-altul. Pe de altă parte, chiar contestatoarea arată că tronsonul de lucrare la care face referire a fost executat de un alt operator economic, astfel că discuția din cadrul contestației este una pur teoretică, speculativă, din moment ce la acest moment lucrările respective nu mai pot fi introduse în cadrul respectivului contract. Un al treilea argument este acela că tronsonul de cale ferată ce face obiectul lotului 2 din prezenta procedură se interconectează de lotul deja existent, or era imposibil din punct de vedere al succesiunii logice și tehnologice ca ofertantul care deja și-a executat lucrările să facă interconectarea cu un tronson viitor. Prin urmare, nu prezintă niciun fel de relevanță din punct de vedere al respectării normelor procedurale de desfășurare a procedurii de față dacă în obiectul contractului a cărui atribuire se urmărește sunt cuprinse și anumite lucrări de modernizare pentru alt tronson deja executat, în condițiile în care linia de cale ferată trebuie să aibă cursivitate, indiferent cine a executat tronsonul respectiv. De asemenea, faptul că modificarea configurației automatizărilor :

aceste modificări sunt plătite de entitatea contractantă, având în vedere că fac parte din obiectul contractului a cărei atribuire se urmărește.

Contractul este unul de proiectare și execuție, astfel că stabilirea cantităților de lucrări definitive se realizează după finalizarea proiectării. Dimpotrivă, existența unor specificații tehnice precise pentru lucrările de interconectare este în favoarea operatorilor economici, care pot, astfel, anticipa costurile.

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

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

- la pagina nr. 9/83, capitolul 4: ,

privește toate sistemele de în interoperabilitate”.

- la pagina 15/83 capitolul 4.9: „I

concurrent.

Consiliul a reținut că prima expresie citată de contestatoare este inexactă, fiind „îmbunătățită” de aceasta, expresia fiind, în caietul de sarcini, „*are obligația corelării lucrărilor cu Antreprenorii/Contractantul*

lipsind, astfel, cuvântul lasă să se înțeleagă că sensul expresiei este altul, când în realitate, expresia are următorul sens: întrucât lucrările pentru loturile licitate prin această procedură se desfășoară simultan, operatorii câștigători ai respectivelor lucrări se vor coordona, astfel încât sistemele aferente celor două loturi să fie interoperabile. Că aceasta este interpretarea corectă, rezultă clar din conținutul său, citat exact, referirea fiind clară la corelarea lucrărilor, și nu la schimbările sistemelor/instalațiilor deja deci unde nu va exista un operator cu care să se coordoneze, pentru asigurarea interoperabilității cu acest tronson. De asemenea, o astfel de clauză se regăsește și în cadrul caietului de sarcini aferent lotului 1, fiind clar că se referă la antreprenorii care își vor adjudeca cele două contracte.

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

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

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

De asemenea, contestatoarea nu a prezentat vreo dovadă a faptului că ar fi defavorizată față de ofertantul concurrent, în condițiile în care și acest ofertant ar avea de realizat aceleași lucrări de modernizare, în situația în care ar câștiga contractul de față, faptul că a executat anterior tronsonul de care urmează să se lege cel a cărui atribuire se urmărește nescutindu-l pe acesta de executarea respectivelor lucrări. Deși se poate prezuma că acesta

cunoaște situația de fapt a tronsonului deja construit, care urmează să fie interconectat cu cel ce se va construi, acest „avantaj” teoretic este suplinit de existența în cadrul documentațiilor a informațiilor necesare pentru interconectare. Deci aceste informații nu sunt introduse în documentație spre favorizarea potențialului ofertant indicat în contestație, deoarece se prezumă că acesta deja le cunoaște, în condițiile în care a executat respectiva lucrare, ci pentru ceilalți operatori, care nu au cunoștință de situația de fapt. Dimpotrivă, lipsa acestor informații ar fi de natură să îi prejudicieze pe operatori, și nu existența lor.

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

Prin urmare, susținerea contestatoarei conform căreia „*Se impune, în aceste condiții, eliminarea din cadrul procedurii a obiectivului distinct și suplimentar referitor la*

apare ca fiind nefondată, pe de o parte, că nici părțile și nici Consiliul nu au competența de a stabili care este necesitatea entității contractante, iar pe de altă parte, că ofertantul nu a demonstrat favorizarea respectivului operator, în condițiile în care specificațiile tehnice criticate sunt justificate de existența unei situații de fapt.

Consiliul a mai reținut că opinia operatorului economic potrivit căreia „*Ofertantul concurent este favorizat și prin faptul că în ceea ce privește elaborarea proiectului*

tehnică Anexa 2” creând, iarăși, un avantaj direct acestuia” (pct. 81 din contestație) - este pur speculativă, pe de o parte, pentru faptul că potrivit dispozițiilor legale, cea care stabilește specificațiile tehnice este entitatea contractantă, iar pe de altă parte, că niciodată executarea anumitor lucrări similare celei a cărei atribuire se urmărește nu reprezintă un element neconcurențial sau o practică ilicită, ci dimpotrivă, experiența similară este universal recunoscută ca fiind o cerință de calificare. Nu se poate considera în baza niciunui argument logic și legal că existența unor lucrări similare deja executate ar fi o practică ilicită, deoarece i-ar favoriza pe operatorii care au executat deja lucrarea similară, situația expusă dar interpretată eronat de contestatoare fiind una perfect normală în materia achizițiilor publice. *Ad absurdum*, dacă am porni de la ideea că executarea anterioară de către un operator economic a unor lucrări similare din punct de vedere al specificațiilor tehnice ar fi ilicită, acest lucru ar însemna că niciodată nu poate fi folosit criteriul de calificare experiența similară sau că operatorii care dețin asemenea experiență ar trebui excluși. Cum experiența similară este acceptată unanim în achizițiile publice, concluzia că operatorul cu experiență ar fi favorizat de documentație apare ca fiind rezultatul unui raționament invalid.

Susținerea contestatoarei potrivit căreia „*aceasta configurație unică fiind regăsită exclusiv în soluția utilizată de operatorul concurent*” nu înseamnă, în niciun caz, că această soluție este inaccesibilă altor operatori economici, ci în acest caz, pentru soluția de interconectare, ne aflăm în situația în care această parte mică de lucrare este, deja, stabilită, operatorul 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 adjuceca 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

cantități corespunzătoare (pct. 94 din contestație). Consiliul a înlăturat aceste argumente, fiind străine de natura cauzei, scopul unei competiții de asemenea anvergură fiind acela de a atrage operatori care știu să întocmească liste de cantități, și contestatoarea, în calitate de furnizor pentru și operator cu experiență, așa cum ea însăși subliniază, nu poate pretinde că nu are posibilitatea întocmirii unei liste corespunzătoare. Această apărare, nu numai că nu este una juridică, nu îi este favorabilă contestatoarei, din moment ce ea se poate traduce prin aceea că are un concurent cu experiență care poate face o ofertă mai bună decât cea proprie.

În același timp, în punctul de vedere exprimat de entitatea contractantă cu privire la contestație, aceasta dezvoltă pe larg apărări referitoare la introducerea tronsonului de cale în cadrul acestui contract, precum și cu privire la alegerea soluției tehnice, apărări considerate pertinente de către Consiliu. Având în vedere amploarea respectivelor apărări, respectiv paginile 3-12 din punctul de vedere, Consiliul a apreciat că nu se mai impune a fi preluate în motivare, fiind prezentate pe larg în practica deciziei.

Prin urmare, Consiliul a respins ca nefondate toate criticile dezvoltate la cap. 2, paragrafele 1-19, pag. 4-6 și la cap. 6 și 7, paragrafele 44-94, pag. 11-21 din contestație, referitoare la favorizarea operatorului economic care a executat lucrările în cadrul Proiectului

moment ce argumentele expuse în paragrafele respective pornesc de la aceeași concluzie, eronată, a favorizării unui ofertant care a executat anterior un alt tronson de cale ferată, analiza fiecărui argument în parte este inutilă, întrucât conduc către același rezultat, respectiv respingerea criticilor contestatoarei.

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

Consiliul a reținut că potrivit secțiunii III. 1.3) Capacitatea tehnică și profesională cerința 2) din Anunțul de participare și din Fișa de date a achiziției,

Cerință: Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat

Domeniile cf. se refera la calea ferată și nu cuprind dome.

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

Consiliul a reținut că în urma depunerii contestației, entitatea a luat măsuri de remediere, respectiv a extins perioada de referință de la 3 la 5 ani.

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

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

Consiliul a reținut relevanța în cauză a prevederilor art. 192 din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă”.

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

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

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

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

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

Este evident că diminuând drastic experiența relevantă, cerința devine pur formală, neputând demonstra acest potențial al operatorului. Cerința, prin raportare la complexitatea lucrării, este proporțională, având în vedere faptul că pe o perioadă de 6 luni, trebuie proiectată lucrarea în cauză. Prin urmare, extinderea perioadei de referință de la 5 la 10 ani nu este posibilă legal, în condițiile în care pentru partea de proiectare sunt stabiliți 3 ani, autoritatea mergând deja până la 5 ani. Trebuie ținut seama că promovarea concurenței nu înseamnă primirea în procedură a unor operatori cu o experiență nerelevantă, ci are în vedere tocmai participarea unor operatori cu un potențial comparabil, sens în care este și paragraful din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

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

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

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

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

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

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

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

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

- Lucrări de construcții montaj și reparații capitale la instalații

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

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

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

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

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

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

5.3. Soluția și considerentele Curții

5.3.1. Soluționarea excepțiilor

5.3.1.1. Asupra excepției rămânerii cererii de suspendare ca rămasă fără obiect/interes

Prin plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr.2103/C4/2389, 2390, 2391, petenta [redacted] a solicitat și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea plângerii, în conformitate cu prevederile art.33 din Legea nr.101/2016.

Pe parcursul soluționării cauzei, în ședința publică din 14.01.2021, petenta a învederat Curții că CNSC a dispus măsura suspendării procedurii, în cadrul procedurii de soluționare a unei a doua contestații formulate împotriva unui răspuns de clarificări, prin urmare capătul de cerere privind suspendarea a rămas fără interes.

Curtea, reținând că prin Încheierea nr.30/C4/2953, 2954 din 05.01.2021 (filele 187-188), CNSC a admis, în temeiul dispozițiilor art.22 alin.(1) coroborate cu cele ale art.23 alin.(1) din Legea nr.101/2016. cererile de suspendare a procedurii de atribuire formulate de [redacted], în cadrul contestațiilor împotriva procedurii prin licitație deschisă privind atribuirea contractului având ca obiect [redacted].

Instatată că cererea de suspendare formulată în cadrul prezentei plângeri, având ca obiect suspendarea aceleiași proceduri de atribuire, a devenit lipsită de interes.

În consecință, Curtea va respinge cererea de suspendare ca rămasă fără interes.

5.3.1.2. Asupra excepției inadmisibilității

Intimata-entitate contractantă a invocat excepția inadmisibilității plângerii sub două aspecte: 1) pentru încălcarea dispozițiilor art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, susținând că plângerea are un petit diferit față de petitul contestației și, implicit, motivele invocate prin plângere sunt diferite față de motivele invocate în susținerea contestației, și 2) în considerarea prevederilor Legii nr.99/2016, conform cărora atributul elaborării documentației de atribuire aparține autorității contractante, în speță [redacted] are dreptul exclusiv de apreciere în ceea ce privește elaborarea documentației de atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice, urmărind asigurarea respectării interesului general.

5.3.1.2.1. În ceea ce privește încălcarea dispozițiilor art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, se reține că acest text de lege prevede că „În plângere, contestatorul nu poate invoca alte motive împotriva actelor autorității contractante decât cele cuprinse în contestația adresată Consiliului”.

Curtea apreciază că prezintă relevanță în cauză Hotărârea din 2 martie 2010, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, T-70/05, EU:T:2010:55, prin care s-a reținut:

„119. În ceea ce privește, în sfârșit, pretinsa încălcare a articolului 141 alineatul (2) din Normele de aplicare, Tribunalul arată că acest motiv a fost invocat pentru prima dată în cursul procedurii orale. Potrivit articolului 48 alineatul (2) primul paragraf din

Regulamentul de procedură [în prezent, art.84 alin.(1)], pe parcursul procesului, invocarea de motive noi este interzisă, cu excepția cazului în care acestea se bazează pe elemente de fapt și de drept care au apărut în cursul procedurii. Cu toate acestea, un motiv sau un argument care constituie dezvoltarea unui motiv enunțat anterior, direct sau implicit, în cererea introductivă de instanță și care prezintă o legătură strânsă cu acesta nu constituie un motiv nou în sensul articolului 48 alineatul (2) din Regulamentul de procedură (a se vedea, în acest sens, Hotărârea Tribunalului din 28 noiembrie 2002, Scan Office Design/Comisia, T-40/01, EU:T:2008:160, punctul 87)."

Analizând actele dosarului, se constată că prin contestație, petenta-contestatoare a solicitat suspendarea Procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații în conformitate cu prevederile art.22 din Legea nr.101/2016; obligarea entității contractante la modificarea anunțului de participare, fișei de date și a documentației de atribuire, în sensul remedierii neregulilor consemnate prin intermediul prezentei contestații; în cazul în care nu pot fi dispuse măsurile de remediere corespunzătoare, anularea Procedurii de atribuire sau obligarea entității contractante la luarea măsurii anulării Procedurii de atribuire.

În motivarea contestației, contestatoare a invocat, în sinteză, următoarele argumente: documentația de atribuire este concepută pentru a favoriza un anumit operator economic, ceea ce reprezintă o gravă încălcare a legii; includerea în obiectul achiziției pentru

conferă un avantaj competitiv semnificativ pentru Operatorul concurent care a implementat deja instalația de

prezintă o ramificație de cale ferată care nu face parte din fiind legată de prezenta licitație doar pentru a crea elemente care să permită favorizarea Operatorului concurent; efectul includerii determină creșterea foarte mare a prețurilor pe care le pot oferta ceilalți participanți, fiind denaturată astfel concurența între participanți; documentația de atribuire cuprinde cerințe tehnice restrictive prin care participanții sunt forțați să apeleze la soluțiile tehnice ale aceluiași Operator concurent; documentația de atribuire este incompletă; nu sunt prevăzute lucrările de

referință prevăzută pentru cerința de calificare referitoare la experiența similară în proiectare este excesiv de restrictivă, nejustificată și crează obstacole anticoncurențiale; solicitările referitoare la autorizații/agremente care să includă referințe la lucrări de întreținere și/sau reparații constituie, de asemenea, cerințe nejustificate care nu au nicio legătură cu obiectul contractului; în capitolul 3.4 din Caietul de sarcini sunt introduse Condiții speciale contractuale care încalcă în mod flagrant prevederile HG nr.1/2018.

Prin plângere, petenta a solicitat suspendarea procedurii de atribuire; admiterea plângerii, modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din stația Glogovăț (cu program de înzăvorăre nou) va fi în sarcina entității contractante, iar în subsidiar, în măsura în care instanța va aprecia că documentația de atribuire trebuie interpretată în sensul că rescrierea software-ului revine ofertantului câștigător, a solicitat anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiului tratamentului egal.

În motivarea plângerii, petenta a arătat, în esență, următoarele: Decizia CNSC nu satisface în întregime solicitările societății și nu restabilește cadrul legal necesar unei proceduri concurențiale efective, însă, față de precizările punctului de vedere a lepus în fața CNSC, consideră că sunt create premisele adoptării unei măsuri de remediere adecvate constând în indicarea explicită a obligațiilor care îi incumbă ofertantului în ceea ce privește

dosarului soluționat de CNSC contravine prevederilor documentației de atribuire, reprezentând doar un angajament echivalent unei măsuri de remediere care ar fi trebuit să devină opozabilă tuturor participanților în Procedură; mai exact, capătul principal de plângere vizează doar omisiunea CNSC de a da relevanță precizărilor din punctul de vedere prin care chiar entitatea contractantă recunoaște afectarea concurenței în condițiile în care nu are loc o rescriere a software-ului; capătul principal de cerere privește neadoptarea măsurii de remediere menite să stabilească fără echivoc în documentația de atribuire limitele obligației ofertantului de a asigura interoperabilitatea zonală, în sensul că aceasta nu include intervenția asupra instalațiilor și echipamentelor instalate anterior de alt operator în CNSC trebuia să constate caracterul incomplet și lacunar al documentației sub acest aspect, precum și lipsa unei măsuri de remediere adecvate în condițiile în care punctul de vedere este doar un act extrinsec procedurii și nepublicat în SEAP pentru informarea corespunzătoare a tuturor operatorilor interesați; punctul de vedere nu face parte din documentația de atribuire, neavând nici măcar valoarea unei clarificări aduse în Procedură; CNSC trebuia să dispună clarificarea documentației de atribuire cu indicarea expresă a faptului că în obiectul contractului nu intră rescrierea software-ului din [] și a activităților corespunzătoare, ofertantul fiind răspunzător doar de asigurarea lucrărilor necesare de pregătire a interfețelor în vederea asigurării interoperabilității; doar această finalitate este efectivă și asigură neafectarea concurenței, obiectiv asumat de CFR. În subsidiar, în măsura în care atât instanța, cât și CNSC consideră că obligația de rescriere a software-ului revine ofertantului câștigător, petenta a apreciat că Procedura de atribuire trebuie anulată în ceea ce privește lotul 2, întrucât determină favorizarea directă a operatorului care deja a implementat [] (dacă nu e cel care a implementat în trecut centralizarea electronică din stația Glogovăț) ar fi ținut să solicite intervenția operatorului competitor (cu care va concura în mod direct în licitație), fiind de netăgăduit avantajul creat celui din urmă. [] a cerut o 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.

Analizând comparativ solicitările din contestație și cele din plângere, precum și argumentele invocate în susținerea acestor solicitări, Curtea constată, contrar susținerilor intimitei-entitate contractantă, că nu suntem în situația prevăzută de art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, nefiind în prezența unor solicitări sau motive noi.

Astfel, așa cum s-a reținut anterior, prin contestație, petenta a solicitat modificarea anunțului de participare, fișei de date și a documentației de atribuire, în sensul remedierii neregulilor consemnate prin intermediul contestației.

Prin Punctul de vedere al entității contractante depus la data de 04.11.2020 la CNSC, în cursul procedurii de soluționare a contestației, aceasta a menționat că „

[] va avea soft-ul rescris (cu program de zăvorăre nou), astfel ca se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat-o”.

Întrucât CNSC nu a analizat și nu s-a pronunțat asupra acestei împrejurări, prin plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului de soluționare a contestației, petenta a solicitat modificarea în parte a Deciziei CNSC, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și menționării exprese a faptului că

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

Prin urmare, Curtea constată că solicitarea constând în dispunerea măsurii de remediere în sensul modificării documentației de atribuire și menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de []

[] va fi în sarcina entității contractante, se bazează pe elemente care au apărut

în cursul procedurii de soluționare a contestației, nefiind cunoscute la momentul formulării contestației, iar motivele și argumentele care fundamentează această solicitare reprezintă de fapt o dezvoltare a unor motive enunțate anterior, prin contestație, și prezintă o legătură strânsă cu acestea, prin urmare nu constituie motive noi în sensul dispozițiilor art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, fiind astfel admisibile.

Pentru aceste motive, va respinge excepția inadmisibilității invocată de intimata-entitate contractantă din perspectiva încălcării dispozițiilor art.30 alin.(2) din Legea nr.101/2016, ca neîntemeiată.

5.3.1.2.2. În ce privește posibilitatea cenzurării de către instanță a activității de elaborare a documentației de atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice, despre care se susține că este atributul exclusiv al entității contractante – aspect invocat de intimata-entitate contractantă tot ca argument de inadmisibilitate a plângerii, susținând că pretenția petentei de modificare a documentației de atribuire și menționarea expresă a faptului că rescrierea software-ului instalației de _____ cu program de înzăvorăre nou) să fie în sarcina _____, încalcă dreptul entității contractante de a propune soluția tehnică cea mai ieftină și cea mai sigură în funcționare, accesibilă oricărui potențial ofertant - , Curtea, reținând, pe de o parte, că această pretenție a petentei a fost formulată ca o măsură de remediere, iar, pe de altă parte, că stabilirea limitelor acestei aprecieri impun o verificare a respectării principiilor generale ale achizițiilor publice, apreciază că solicitarea petentei este admisibilă, însă în limitele și condițiile prevăzute de dispozițiile art.34 alin.(1) lit.b) din Legea nr.101/2016, aceste argumente urmând a fi analizate ca apărări de fond, odată cu fondul plângerii.

5.3.2. Răspunsul adus criticilor consemnate în plângere

5.3.2.1. Prioritar, Curtea reține situația premisă a litigiului:

Plângerea vizează Procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect , _____

În obiectul acestui contract, respectiv în obiectul activităților solicitate pentru Lotul 2, a fost inclus și obiectivul _____

Anterior derulării prezentei Proceduri de atribuire, _____ făcut obiectul unor lucrări substanțiale de _____

Aceste lucrări au fost efectuate de un alt operator economic.

Petenta S _____ formulat contestație împotriva documentației de atribuire, prin care a criticat includerea în obiectul contractului de achiziție publică ce se dorește a fi atribuit a obiectivului _____

_____ susținând, în esență, că această includere conferă un avantaj competitiv semnificativ pentru operatorul concurent care a implementat deja instalația de centralizare _____, și determină creșterea prețurilor ce pot fi oferite de ceilalți participanți.

Prin Punctul de vedere al entității contractante privind contestația petentei, depus la _____

Prin plângerea formulată împotriva acestei decizii, petenta a criticat omisiunea Consiliului de a lua în considerare această precizare a entității contractante, solicitând modificarea în parte a Deciziei Consiliului, în sensul dispunerii măsurii de remediere constând în modificarea documentației de atribuire și a menționării exprese a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică din (cu program de înzăvorăre nou) va fi în sarcina entității contractante, iar în subsidiar, în măsura în care se va aprecia de instanță că documentația de atribuire trebuie interpretată în sensul că rescrierea software-ului revine ofertantului câștigător, a solicitat anularea procedurii de atribuire pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiului tratamentului egal.

5.3.2.2. În esență, prin plângere, petenta a susținut că, față de precizările entității contractante din Punctul de vedere depus în fața Consiliului, sunt create premisele adoptării unei măsuri de remediere adecvate, constând în indicarea explicită a obligațiilor care îi incumbă ofertantului în ceea ce privește lucrările asigurării interoperabilității și a invocat următoarele argumente/critici:

- pentru asigurarea unui cadru concurențial neafectat este necesară rescrierea software-ului din sens în care se impune modificarea deciziei Consiliului în sensul completării măsurilor de remediere impuse

- efectul de captivitate (lock-in effect), identificat în cadrul acestei licitații, care determină *per se* restrângerea concurenței conform concluziilor Consiliului Concurenței și practicii instanțelor europene.

Astfel, petenta-contestatoare a susținut că *prin necesitatea rescrierii software-ului*, recunoscută expres de entitatea contractantă, este afectată concurența, în măsura în care nu se dispune ca măsură de remediere modificarea documentației de atribuire prin menționarea expresă a faptului că rescrierea software-ului instalației de centralizare electronică

fi în sarcina entității contractante. De asemenea, a mai susținut 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

În opinia petentei, 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 dar în același timp entitatea contractantă asigură rescrierea software-ului d și interfațarea sistemului anterior implementat în această stație cu sistemul nou din proiect. Consideră că doar în felul acesta ofertanților nu le este impusă obligația de a obține ofertă de la operatorul care a implementat instalația din stația acesta reprezentând un efect anticoncurențial care trebuie înlăturat din procedură. Este vădit neconcurențial ca unui ofertant să i se ceară să reconfigureze instalația de centralizare electronică implementată de un alt operator pentru că, în acest caz, celălalt operator va avea întotdeauna un avantaj competitiv.

Apreciază că toate aceste critici au fost analizate în mod expeditiv și superficial de Consiliu prin decizia contestată, care a preluat, fără o verificare corespunzătoare, afirmațiile generale prezentate de entitatea contractantă prin punctul de vedere.

Petenta a făcut referire și la *efectul de captivitate (lock-in effect)*, respectiv dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor, care susține că se identifică și în cadrul acestei proceduri în cazul software-ului din și care determină *per se* restrângerea concurenței conform concluziilor Consiliului Concurenței și practicii instanțelor europene. A susținut că instituțiile publice sunt obligate să organizeze procedurile de achiziții în deplină transparență și fără discriminare, dând întreprinderilor interesate șanse egale la adjudecarea contractului. 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 să fie una efectivă.

5.3.2.3. Analizând aceste critici, Curtea reține că în cuprinsul Caietului de sarcini Lot 2, se prevăd următoarele:

lin
Nc

a
/

„S-a proiectat astfel, o variantă nouă pentru intervalul dintre

5.3.2.4. Pe parcursul soluționării contestației și a prezentei plângeri, răspunzând 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 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.*

- Pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea softului 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.

- Situația de fapt nu poate fi înlăturată, conectarea celor două proiecte este o necesitate tehnică și operațională la care nu se poate renunța.

5.3.2.5. În primul rând, 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 informație completă, corectă și 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.

5.3.2.6. Apoi, se notează că entitatea contractantă a menționat faptul că pentru realizarea interoperabilității între tronsoane este necesară modificarea software-ului prin adăugarea de noi interfețe necesare conectării cu noul proiect, a precizat că lucrarea de rescriere a software-ului trebuie efectuată de ofertant și a recunoscut că sunt necesare acorduri economice și 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 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 că indiferent de operatorul economic care va implementa prezentul proiect, se va evita avantajarea operatorului economic ce a implementat software-ul actual în 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 și nici nu fac dovada respectării tratamentului egal.

Curtea subliniază că aceste operațiuni de includere reprezintă operațiuni tehnico-juridice importante și 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. În ceea ce privește nerespectarea principiilor prevăzute de dispozițiile art.2 alin.(2) din Legea 99/2016, privind achizițiile sectoriale, Curtea reține că, 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 și 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 și 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 și 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 contractantă să stabilească și 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 perspectiva 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 auroității 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.

În jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a evidențiat că principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv (Hotărârea CJUE din 03.03.2005, C-21/03 și C-34/03, Fabricom v. Belgium).

Se mai notează că principiul tratamentului egal îi privește nu doar pe operatorii economici care au participat efectiv la o procedură de atribuire, ci, în egală măsură, și pe potențialii ofertanți care speră să participe la procedură (Hotărârea CJUE din 5.10.2000, C-16/98, *Commission v. France*).

În ce privește *principiul transparenței*, reglementat de dispozițiile art.2 alin.(2) lit.d) din Legea nr.99/2016, se reține că acesta implică garantarea dreptului de acces complet al tuturor operatorilor economici interesați la documentația de atribuire, la deciziile autorității contractante și la toate informațiile relevante în cadrul procedurii de achiziție sectorială, în scopul reducerii riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante.

Aplicarea principiului transparenței presupune: - formularea de către autoritățile contractante într-un mod clar, precis și neechivoc a tuturor documentelor elaborate pe parcursul derulării procedurii de achiziție; - toți ofertanții informați să poată înțelege, cu o diligență minimă, condițiile și regulile detaliate ale procedurii de atribuire și să le interpreteze în același mod; - autoritatea contractantă să fie în măsură să verifice dacă ofertele depuse îndeplinesc criteriile aplicabile contractului în cauză.

Principiul liberei concurențe este evidențiat în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, relevantă în cazul de speță fiind Hotărârea pronunțată în cauza C-796/18 (*Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH*), în care se reține că:

„69 Or, potrivit articolului 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24, pe de o parte, autoritățile contractante trebuie să trateze operatorii economici în mod egal și fără discriminare, precum și să acționeze într-o manieră transparentă și proporționată și, pe de altă parte, conceptul achiziției nu se poate face cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al acestei directive sau de restrângere artificială a concurenței, aceasta fiind considerată ca fiind restrânsă artificial în cazul în care conceptul achiziției este făcut cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici. (...)

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 orașul 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, că accesul la acest cod sursă unic este suficient pentru a garanta ca operatorii economici interesați de atribuirea contractului vizat sunt tratați în mod transparent, egal și nediscriminatoriu.” (subl. ns.).

În strânsă legătură cu principiul liberei concurenței, se impune analiza *efectului de captivitate (lock-in)*, invocat de petentă și intervenientă, care presupune dependența pe termen lung a autorităților contractante față de un anumit furnizor/distribuitor. respectiv

Concurenței, s-a reținut, cu privire la domeniul IT care prezintă interes în speță, că efectul de

captivitate a autorităților contractante a fost identificat în special în cazul achizițiilor publice privind dezvoltarea unor aplicații software la cerere (personalizate pentru cerințele operaționale ale instituțiilor conform legii de funcționare a acestora).

S-a reținut 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 a aplicației poate fi făcută doar cu furnizorul inițial al aplicației software.

Pentru a evita o astfel de situație, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că va putea modifica codul sursă independent de furnizorul inițial, transfera codul sursă către un alt furnizor sau contracta un alt furnizor pentru modificări sau servicii de mentenanță.

S-a mai subliniat că e foarte important să se specifice în caietul de sarcini cerințele legate de licențiere și alte aspecte legale, precum: - licențiere nelimitată a aplicațiilor achiziționate pe bază de licență; - transferul proprietății intelectuale asupra tuturor livrabilelor rezultate în procesul de implementare, către instituția în cauză.

Având în vedere analiza realizată, în vedere creșterii gradului de concurență în cadrul procedurilor de achiziție publică, s-a precizat că principalul aspect de natură să prevină efectul de lock-in în achiziții publice îl reprezintă dreptul pe care autoritățile contractante îl au în stabilirea specificațiilor tehnice, astfel încât acestea să permită oricărui potențial ofertant accesul egal la procedura de atribuire. În acest context, s-a recomandat autorităților contractante definirea 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.

În aceste condiții, s-a arătat că documentația de atribuire ar trebui să conțină prevederi care să asigure continuitatea soluției și să permită autorității contractante operarea de modificări, respectiv:

- transferul codului sursă (în cazul soluțiilor personalizate) cu posibilitatea modificării independent de furnizor;
- transferul tuturor livrabilelor realizate în cadrul proiectului în formă prelucrabilă/editabilă;
- proprietatea datelor și/sau posibilitatea extragerii acestora în mod automat, fără a fi necesară intervenția furnizorului (export date);
- prevederea unui plan de transfer al cunoștințelor tehnice la încheierea relației contractuale cu un anumit furnizor.

5.3.2.8. Raportând situația expusă la aceste principii și texte de lege, având în vedere și dispozițiile art.62 alin.(1) din Legea nr.99/2016, care prevăd obligația entităților contractante de a respecta „toate principiile conform art.2 alin.(2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”, Curtea constată că, într-adevăr, în cuprinsul documentației de atribuire,

s-a prevăzut proiectarea a doua ramificații care vor fi introduse în instalația de centralizare a [redacted] însă nu au fost inserate decât

necesare pentru asigurarea interoperabilității sistemelor și condițiile de efectuare a acestor lucrări.

De asemenea, ulterior, pe parcursul soluționării contestației/plângerii, așa cum s-a reținut în considerentele prezentate la pct.5.3.2.6 din prezenta decizie, 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 [redacted] ebuie 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
fel încât să se realizeze scopul
tenc, însă în același timp să se respecte principiile tratamentului egal, transparenței,
nediscriminării și concurenței, respectiv să se evite/înlătore un posibil efect de captivitate
(lock-in), iar operatorul concurent care a implementat deja
 să nu aibă un avantaj în fața altor operatori ofertanți determinat
de această situație.

Reținând că, din perspectivă 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 Glogovăț asigurându-se că toți operatorii economici interesați de atribuirea
contractului sunt tratați în mod transparent, egal și nediscriminatoriu.

5.3.2.9. În fine, în ce privește apărarea intimatei că elaborarea documentației de
atribuire și stabilirea specificațiilor tehnice este atributul exclusiv al entității contractante
(invocat ca argument de inadmisibilitate a plângerii și calificată ca apărare de fond), Curtea
reține că este necontestabil dreptul entității contractante la stabilirea specificațiilor tehnice,
însă acest drept trebuie exercitat astfel încât să permită oricărui potențial ofertant accesul egal
la procedura de atribuire. Astfel, specificațiile tehnice trebuie să satisfacă nevoia entității
contractante, dar nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură
să restrângă concurența între operatorii economici.

Sub acest aspect, se reține incidența dispozițiilor art.165 alin.(6) din Legea nr.99/2016,
care prevăd expres faptul că specificațiile tehnice trebuie stabilite astfel încât *„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.”*

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

va fi în sarcina entității contractante, urmând a fi respinsă ca neintemeiată.

În ce privește cererea formulată în subsidiar, de anulare a procedurii de atribuire
pentru distorsionarea concurenței și încălcarea principiului tratamentului egal, Curtea reține
că, potrivit art.34 alin.(1) lit.d) din Legea nr.101/2016, măsura drastică a anulării procedurii
de atribuire se dispune doar în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

De asemenea, potrivit art.225 alin.(1) din Legea nr.99/2016, *„(1) Entitatea
contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului
sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) d) Consiliul Național de Soluționare a
Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricărui specificații
tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de
atribuire, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de
remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art.2 alin. (2)”*.

Prin urmare, Curtea reține că se impune prioritar luarea măsurilor dispuse, și doar în
situația imposibilității adoptării măsurilor de remediere fără ca acestea să afecteze principiile
tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, autoritatea contractantă
va putea opta pentru anularea procedurii, în condițiile prevăzute de lege.

5.4. Temeiul legal

Pentru toate aceste considerente, în temeiul art.32 și art. 34 din Legea nr. 101/2016, Curtea va admite plângerea formulată de petent împotriva Deciziei CNSC nr.2103/C4/2389, 2390, 2391 din 13.11.2020, va modifica în parte decizia și, reînvedcând contestatia, va obliga autoritatea contractantă la includerea în cadrul documentatiei

principiilor tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe, menținând, în rest, decizia contestată.

Având în vedere că potrivit art.67 Cod procedură civilă, soluționarea cererii de intervenție accesorie este indisolubil legată de judecata asupra cererii principale, prin admiterea plângerii formulate de petenta-contestatoare se apreciază că apărarea intervenientei accesorii a întărit poziția petentei, astfel că se va admite cererea de intervenție accesorie în interesul petentei formulate de intervenienta

PENTRU ACESTE MOTIVE ÎN NUMELE LEGII DECIDE:

Respinge cererea de suspendare a procedurii ca rămasă fără interes.
Respinge excepția inadmisibilității.

Obligă autoritatea contractantă la includerea în cadrul documentației de atribuire privind

tratamentului egal, transparenței, nediscriminării și liberei concurențe.

Menține în rest decizia contestată.

Definitivă.

Pronunțată azi, 02.02.2021, prin punerea soluției la dispoziția părților prin intermediul greșei instanței.

PREȘEDINTE
Alina Saglam

JUDECĂTOR
Dana Veronica Erdei

JUDECĂTOR
Georgian Davidoiu

GREȘIER
Anișoara Ene

