



„GSM-R 252 Ofertantul este responsabil cu integrarea echipamentelor în rețeaua existentă. Deoarece se presupune ca Ofertantul îndeplinește complet cerința GSM-R 3 IOT orice problema apărută în integrare este responsabilitatea exclusivă a ofertantului. (LC)”

„GSM-R 3 IOT Echipamentele din ofertă trebuie să aibă efectuate teste de interoperabilitate (pe baza standardelor EIRENE) cu tipul de MSC-uri instalate în proiectul pilot „Proiect ERTMS Pilot Chitila – Crivina pentru o aplicație ERTMS/ETCS de nivel 2.” Antreprenorul va prezenta rezultatele acestor teste în ofertă. (O)”

- (3) Având în vedere obligația de a **INTEGRA** sistemul și echipamentele ce vor fi livrate în cadrul prezentului proiect cu rețeaua existentă realizată de alt operator în proiectul „ERTMS Pilot Chitila – Crivina pentru o aplicație ERTMS/ETCS de nivel 2” („Pilot”), precum și obligația ca rețeaua GSM-R solicitată trebuie să fie conformă cu cele mai recente versiuni aprobate ale standardelor EIRENE și MORANE, operatorii economici au adresat entității contractante solicitări de clarificare/confirmare cu privire la capacitățile sistemului Pilot - sistem realizat de un alt operator și aflat în proprietatea entității contractante - pentru a putea redacta oferta astfel încât sistemul livrat să se **INTEGREZE** cu sistemul din Pilot, conform cerinței entității.
- (4) Solicitățile de clarificare formulate de ofertanți au vizat următoarele aspecte:
- **Clarificare 348:**

„Luând în considerare faptul că sistemul GSM-R care trebuie furnizat în cadrul acestui proiect va trebui să fie conform cu cele mai noi versiuni ale standardelor EIRENE și MORANE (așa cum este descris în cerința GSM-R 122) vă rugăm să confirmați că și sistemul GSM-R din proiectul Pilot (partea Core, echipamentele MSC, HLR, IN, VRS, BBRC, etc.) va fi capabil să suporte specificațiile de sistem SRS 15.4 și specificațiile funcționale FRS 7.4 ale standardelor EIRENE și ERTMS/ETCS, la momentul finalizării proiectului care face obiectul acestei proceduri de achiziție publică.”
  - **Clarificare 350:**

„Vă rugăm confirmați că orice procedura de **upgrade** sau **update** de hardware și/sau software pentru sistemul (rețeaua) GSM-R din proiectul Pilot (partea Core, MSC, HLR, IN, VRS, BBRC, etc.), care ar putea fi necesare pentru ca sistemul GSM-R din cadrul proiectului Pilot să poată suporta specificațiile funcționale FRS 7.4 și specificațiile de sistem SRS 15.4 ale standardelor EIRENE și ERTMS/ETCS, sunt acoperite de contractul Proiectului Pilot și nu fac parte din proiectul acestei proceduri de achiziție publică.”
- (5) La data de 17.07.2017 a fost publicat în SEAP răspunsul nr. 16 la solicitările de clarificări, în cadrul căruia entitatea contractantă a răspuns negativ la ambele întrebări adresate, sustinând că este în sarcina ofertantului să realizeze CONFORMITATEA sistemului Core cu versiunile de standard EIRENE în vigoare.

- (6) Așadar, implicit, entitatea contractantă a stabilit prin aceste clarificări că este sarcina ofertantului de a realiza orice upgrade sau update de hardware și/sau software pentru sistemul (rețeaua) GSM-R din proiectul Pilot (partea Core, MSC, HLR, IN, VRS, BBRC, etc.) care ar putea fi necesare pentru ca sistemul GSM-R din cadrul proiectului Pilot să poată suporta specificațiile funcționale ale standardelor EIRENE și ERTMS/ETCS, **cerință excesivă și inexistentă în documentația de atribuire inițială și care, în mod evident, excede limitele unei „integrări”**.
- (7) Acest răspuns nu poate fi interpretat ca respectând dispozițiile imperative ale legii care obligă entitatea să ofere prin clarificări lămuriri și explicații cu privire la documentația de atribuire, **nicidecum să modifice cerințele inițiale la care operatorii economici trebuie să se raporteze în elaborarea ofertelor, cu numai câteva zile înaintea termenului limită de depunere a ofertelor**.
- (8) Totodată, aceste clarificări modificatoare ale cerințelor inițiale **împun obligații imposibile pentru majoritatea ofertanților**, cu excepția aceluia care îl vor include în oferte pe producătorul sistemului din proiectul Pilot, cu consecința **distorsionării concurenței**.
- (9) Upgrade-ul/update-ul sistemului pilot, sistem care include hardware și software, nu pot fi realizate fără concursul operatorului economic care a realizat sistemul, care a scris liniile de cod ale software-ului, care deține drepturile de proprietate intelectuală asupra soluțiilor implementate în sistemul pilot.
- (10) Informațiile necesare pentru integrarea sistemului ce va fi livrat în urma acestei proceduri cu sistemul realizat în pilot și pentru upgradarea acestuia din urmă trebuie să fie furnizate de entitatea contractantă, nu de un terț, în temeiul obligației entității de a realiza o informare completă care să permită **tuturor** operatorilor interesați, **în mod egal**, să-și redacteze ofertele.
- (11) Așadar, clarificările 348 și 350 încalcă prevederile legale din cel puțin trei puncte de vedere, pe care le vom detalia în continuare.
- I. **Entitatea contractantă a modificat prin clarificări documentația inițială, instituind cerințe oneroase noi pentru ofertanți, cu puțin timp înaintea depunerii ofertelor**
- (12) În mod nelegal, „clarificările” 348 și 350 au modificat prevederile obligatorii ale documentației de atribuire (GSM-R 3 și 252), schimbând cerința de a „integra” sistemul livrat cu sistemul pilot - **ceea ce presupune un sistem pilot funcțional, integrabil - într-o cerință de a upgrada/updata sistemul pilot produs de un alt operator**.
- (13) Din coroborarea dispozițiilor Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale cu privire la documentația de atribuire, rezultă că prevederile acesteia sunt obligatorii odată

publicate în SEAP, atât pentru operatorii economici interesați cât și pentru entitatea contractantă.

- (14) Comportamentul entității contractante în prezenta procedură goleşte de conținut spiritul prevederilor legale.
- (15) Modificarea documentației de atribuire prin efectul clarificărilor la documentație echivalează cu lipsa unei informări complete, corecte și explicite a operatorilor economici interesați să participe la procedură.
- (16) Operatorii sunt astfel constrânși să-și actualizeze și reactualizeze ofertele cu fiecare răspuns la solicitările de clarificări primit din partea entității contractante și publicat în SEAP, în cazul de față **cu numai câteva zile înaintea termenului limită de depunere a ofertelor.**
- (17) De nicăieri din cuprinsul documentației de atribuire nu rezultă obligația ofertanților de a upgrada/updata sistemul GSM-R realizat de un alt producător în cadrul unei alte proceduri de achiziție publică, această obligație rezultând abia din clarificările 348 și 350.
- (18) Mai mult, Ordinul Președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire, deși emis în temeiul vechii legislații, prevede cu titlu de principiu că **NU POT FI ADUSE MODIFICĂRI ALE DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE PRIN RĂSPUNSURILE LA SOLICITĂRILE DE CLARIFICĂRI, CI DOAR LĂMURIRI, EXPLICITĂRI SAU LIMPEZIRI CU PRIVIRE LA ACEASTA:**
- Art. 1 din Ordinul nr. 171/2012:

*„Răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire emise de autoritatea contractantă reprezintă acte administrative prin care se aduc lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire și prin care **nu se pot aduce modificări cu privire la conținutul acesteia din urma, așa cum a fost publicată în S.E.A.P.**”*

- (19) În același sens, s-a pronunțat și jurisprudența europeană în Cauza C-278/14 Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

*„(...) principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care **nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată** (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).*

*În consecință, **autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice***

*referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață.”*

- (20) Așadar, este interzisă modificarea pe calea clarificărilor a cerințelor documentației de atribuire care inițial prevedeau obligația ofertantului de a realiza „integrarea echipamentelor în rețeaua existentă” (GSM-R 252) în aceea ca ofertantul să îmbunătățească/să realizeze upgrade-ul sistemului deja implementat în proiectul Pilot, astfel încât acesta să fie conform cu noile specificații tehnice în vigoare la acest moment.
- (21) Conform interpretării semantice a celor două noțiuni (Noul Dicționar Explicativ al Limbii Române, respectiv Marele Dicționar de Neologisme), „*a integra*” reprezintă *acțiunea de a intra într-un ansamblu ca parte integrantă, a se uni cu alte elemente formând un corp integral, a se încorpora, în timp ce „a realiza upgrade-ul” înseamnă a îmbunătăți, a actualiza un produs, a realiza o versiune nouă a acestuia.*
- (22) Este evident, astfel, că entitatea contractantă impune în mod nelegal mai mult decât a cerut inițial prin documentația de atribuire.

**II. Obligația de a asigura „conformitatea cu standardele în vigoare” a unui sistem realizat de un alt producător într-o altă procedură de atribuire încalcă principiile care guvernează achizițiile publice și creează premisele distorsionării concurenței în prezenta procedură**

- (23) Clarificarea prin care entitatea contractantă introduce cerința asigurării **conformității** cu standardele EIRENE în vigoare a sistemului realizat de **alt producător** printr-un contract atribuit într-o **altă procedură de atribuire** este nelegală. O asemenea cerință presupune concursul unui anumit operator economic - Nokia România, creându-se astfel premisele distorsionării concurenței.
- (24) Potrivit art. 63 din Legea nr. 99/2016:
- „(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.”*
- (25) De asemenea, art. 165 alin. (6) prevede 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.**” (s.n.)*

- (26) Așadar, chiar dacă am presupune, prin absurd, că introducerea unei noi cerințe prin clarificări ar fi legală, obligația astfel introdusă - de a realiza un upgrade/update al sistemului realizat în proiectul Pilot - este imposibilă fără concursul (total) al realizatorului proiectului Pilot.
- (27) **O asemenea condiționare a participării operatorilor economici în actuala procedură de concursul unui anumit operator economic este contrară principiilor legislației în domeniul achizițiilor publice.**
- (28) În mod corelativ, contrar aceluiași principii este și **avantajul anticoncurențial** pe care i-l creează astfel CFR lui Nokia România în prezenta procedură.
- (29) Upgradarea/updatarea sistemului "core" realizat în proiectul Pilot presupune, pentru orice alt operator în afară de Nokia România, colaborarea și concursul Nokia România - producătorul sistemului și al MSC-urilor instalate în proiectul Pilot.
- (30) Sistemul software și hardware pentru care entitatea contractantă solicită upgrade-ul/update-ul în acord cu ultimele versiuni ale EIRENE și MORANE („conformitatea sistemului Core cu versiunile de standard EIRENE în vigoare”) a fost dezvoltat de Nokia (anterior NSN) și **nu poate fi upgradat/updatat fără concursul acestuia** - nici din punct de vedere tehnic, însă nici din punct de vedere legal, ținând cont de drepturile de proprietate intelectuală care protejează soluția software și hardware folosită în Pilot.
- (31) Nokia este competitor al subscrisei dar și al celorlalți potențiali participanți în Procedură. Cu toate acestea, prin clarificările atacate, CFR a instituit pentru Nokia un tratament preferențial, în calitatea acestuia de producător și antreprenor al Proiectului Pilot, **condiționând orice altă ofertă a competitorilor Nokia de accesul la informațiile (inclusiv tehnice) pe care numai acesta și entitatea contractantă le dețin, de concursul și ajutorul acestuia la upgradarea/updatarea sistemului pe care l-a creat în Pilot.**
- (32) Acest tratament preferențial reprezintă o încălcare a **principiilor privind nediscriminarea, tratamentul egal și transparența.**
- (33) În urma publicării clarificărilor atacate, fiind practic constrânși să apelăm la competitorul nostru, am transmis către Nokia o solicitare cu privire la punerea la dispoziție a unor date și informații tehnice referitoare la proiectul Pilot, necesare pentru asigurarea „conformității” sistemului din Pilot cu cele mai noi standarde în vigoare, precum și o cerere de ofertă în măsura în care va fi necesar suportul său pentru upgradarea/updatarea sistemului Pilot, conform noii cerințe a entității contractante.

- (34) **Până la data prezentei nu am primit de la Nokia nicio informație solicitată, respectiv nicio ofertă pentru serviciile suport care ar fi necesare.**
- (35) Lipsa unui răspuns din partea Nokia cu privire la aceste aspecte cu foarte puțin timp înainte de data limită de depunere a ofertelor constituie o **restrângere artificială a dreptului de a participa la Procedura de Atribuire**, creată ca urmare a răspunsurilor entității contractante la solicitările de clarificare.
- (36) Totodată, lipsa de răspuns Nokia reprezintă o **manifestare concretă a riscului de distorsionare a concurenței în procedură**, risc creat chiar de entitatea contractantă prin clarificările menționate.
- (37) Nu este exclus ca Nokia să ne refuze solicitarea, să ne ofere informații insuficiente sau o ofertă de servicii excesiv de oneroasă, care ar diminua în mod semnificativ competitivitatea ofertei noastre în raport cu oferta proprie Nokia.
- (38) Sarcina instituită de CFR tuturor ofertanților cu excepția Nokia este cu atât mai dificilă cu cât entitatea contractantă a modificat și o altă cerință a documentației inițiale, solicitând conformarea cu standarde mai noi.
- (39) Astfel, dacă în varianta inițială a cerințelor, ofertanții erau obligați să se conformeze Specificațiilor Funcționale SRS 15.4 și a celor de Sistem FRS 7.4 EIRENE și ERTMS/ETCS, în urma rundelor de solicitări de clarificare, entitatea a cerut implementarea sistemului GSM-R conform noilor cerințe FRS 8.o.o, respectiv EIRENE SRS 16.o.o.
- (40) În consecință, obligația instituită prin clarificările 348 și 350 de a asigura „conformitatea sistemului Core cu versiunile de standard EIRENE în vigoare” este cu atât mai dificilă, CFR măriind decalajul între standardul respectat de sistemul Pilot și standardul pe care înțelegem că trebuie să-l respecte atât sistemul Pilot cât și sistemul ce va fi livrat în prezentul proiect în urma implementării acestuia.
- III. Entitatea contractantă avea obligația legală de a furniza toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele procedurii**
- (41) Chiar dacă am trece peste faptul că a schimbat cerințele cu numai câteva zile înaintea termenului limită de depunere a ofertelor, precum și peste faptul că noile cerințe favorizează un anumit operator economic, entitatea contractantă avea cel puțin obligația de a face cunoscute toate detaliile tehnice privitoare la sistemul realizat în Pilot pentru ca ofertanții să poată formula oferte coerente cu privire la upgradarea/updatarea sistemului din Pilot.
- (42) Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale prevede următoarele:
- Art. 3 alin. (1) pct. 19 lit. s):

„documentația de atribuire - documentul achiziției care cuprinde **cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită** cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției sectoriale, obiectul contractului sectorial și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, **inclusiv specificațiile tehnice sau documentul descriptiv**, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați și ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile;”

- Art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale instituie **obligatia entității contractante** de a elabora documentația de atribuire astfel încât operatorii economici să beneficieze de o informare completă, corectă și precisă:

„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține **toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă** cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”

- Art. 22 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale detaliază conținutul documentației de atribuire și scopul acesteia:

„(2) Documentația de atribuire conține **orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită** cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”

- (43) Pentru a putea realiza un upgrade/update al unui sistem care nu le aparține și care a fost produs de un alt operator economic, ofertanții trebuie să cunoască toate detaliile și informațiile relevante pentru integrarea echipamentelor în rețeaua existentă și pentru extinderea acesteia din urmă, astfel încât să-și fundamenteze în mod corect propunerile tehnice și cele financiare.
- (44) Operatorii economici (alții decât Nokia) se află în imposibilitatea de a cunoaște toate datele și informațiile necesare pentru includerea în oferte a upgradării/updatării sistemului Pilot - sistem aflat în proprietatea și operarea entității contractante - fiind exclusiv obligația entității de a le pune la dispoziția tuturor.
- (45) Trimiterea implicită către un terț de Procedura de Atribuire în vederea obținerii unor informații esențiale pe baza cărora ofertanții trebuie să-și elaboreze oferta nu poate fi considerată acceptabilă, având în vedere că documentația de atribuire trebuie să cuprindă toate cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici interesați o informare completă, corectă, explicită și precisă cu privire la respectiva procedură de atribuire.

- (46) Astfel cum am arătat, legea prevede că este responsabilitatea entității, nu a unor terți, să asigure prin documentația de atribuire o informare suficientă pentru pregătirea unor oferte admisibile.
- (47) Cu toate acestea, **entitatea contractantă a încălcat principiul transparenței**, informații esențiale legate de ce anume trebuie să fie oferit - asigurarea conformității sistemului Pilot cu cele mai noi standarde - rămânând inaccesibile potențialilor ofertanți, cu excepția Nokia.
- (48) Stabilirea condițiilor de participare la procedura de atribuire și a tuturor specificațiilor tehnice reprezintă atributul exclusiv al entității contractante, care este singura capabilă să-și cunoască nevoile concrete, după cum a confirmat și jurisprudența<sup>1</sup>.
- (49) Astfel, **informațiile cerute prin solicitarea de clarificări nu puteau fi furnizate decât de entitatea contractantă**, iar nu de către un terț, prin „delegarea” acestei prerogative de la entitatea contractantă către Nokia.
- (50) Având în vedere toate aspectele redate mai sus, considerăm că se impune modificarea clarificărilor nr. 348 și 350 din cadrul răspunsului nr. 16 la solicitările de clarificări, înregistrat de entitatea contractantă sub nr. 11/1/1838/17.07.2017, în sensul în care entitatea contractantă să confirme faptul că ofertanții nu sunt obligați să realizeze „conformitatea sistemului Core cu versiunile de standard EIRENE în vigoare”, că nu va fi necesar niciun upgrade/update al sistemului Core (acestea căzând în sarcina executantului acestui sistem) și respectiv că sistemul Core va fi capabil să suporte cele mai noi specificații de sistem EIRENE la momentul finalizării proiectului care face obiectul acestei proceduri de achiziție publică.

Cu deosebită considerație,

---

<sup>1</sup> Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 1425 din 29 martie 2012.