

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 40/C1/3027, 3028

Data: 09.01.2023

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 59969/08.12.2022, formulată de SA cu sediul în comuna, sat, Șoseaua, jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de, și convențional de SCA cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în, împotriva documentației de atribuire, întocmite de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă având ca obiect atribuirea contractului: „Furnizare de autobuze electrice și stații de încărcare aferente” cod CPV 34144910-0, s-a solicitat obligarea autorității contractante la:

- obligarea autorității contractante la înregistrate cu nr. DF1165921/25.11.2022, în sensul arătat în considerentele dezvoltate mai jos;

- obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen-limită pentru depunerea ofertelor.

Prin contestația nr. 88/07.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 59972/08.12.2022, formulată de SC SRL cu sediul în, B-dul, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO reprezentată legal prin, împotriva documentației de atribuire întocmită de către, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- în principal, admiterea contestației, cu consecința anulării procedurii de atribuire, în condițiile art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

- în subsidiar, admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire, în sensul celor menționate în contestație.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 3027/2022 și nr. 3028/2022

au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt SA precizează că prin anunțul de participare nr. CN1049899 publicat în SEAP la data de 27.11.2022, ORAȘUL a publicat procedura de atribuire având ca obiect „Furnizarea de autobuze electrice și stații de încărcare aferente”, cu o valoare estimată de 48.212.254,78 lei.

Arată că procedura are ca obiect achiziția unui număr de 23 de autobuze electrice (10 autobuze electrice de capacitate mică și 13 autobuze electrice de capacitate medie) și 28 de stații de încărcare (23 stații cu încărcare lentă, 2 stații cu încărcare rapidă pentru autobuzele cu capacitate mică și 3 stații de încărcare rapidă pentru autobuzele cu capacitate medie).

Contestatorul precizează că licitația reprezintă o reluare a procedurilor de atribuire publicate în SEAP:

a) prin anunțul de participare nr. CN1035949/19.10.2021 (denumită în continuare „Procedura 1”), care a fost anulată prin Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 2640/C11/2835 din data de 25.11.2021; și

b) prin anunțul de participare nr. CN1039948/03.03.2022 (denumită în continuare „Procedura 2”), care a fost anulată de către autoritatea contractantă întrucât, în urma evaluării, a constatat că nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Susține că, ulterior, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare aferent procedurii de atribuire care face obiectul prezentei contestații, a cărei documentații de atribuire cuprinde cerințe ale documentației de atribuire profund nelegale, de natură să eludeze prevederile legislației aplicabile, a principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și să descurajeze libera concurență, pentru a avantaja în mod injust un singur operator economic.

În cele ce urmează, susține că va expune în mod detaliat argumentele care vor conduce la concluzia temeiniciei contestației.

În prealabil, precizează că prezenta contestație va fi structurată astfel încât fiecare secțiune ulterioară să conțină atât prevederea din documentația de atribuire criticată, cât și măsura de remediere pe care o solicită.

Astfel arată că procedura de atribuire se află la a treia organizare.

Pe parcursul celor două care au fost anterior anulate au fost pronunțate două Decizii ale CNSC prin care au fost admise contestațiile SA față de prevederile documentației de atribuire, Consiliul constatând de fiecare dată nelegalitatea unor cerințe stabilite de ORAȘUL

Contestatorul susține că documentația de atribuire a suferit modificări succesive nu doar ca urmare a punerii în aplicare a Deciziilor Consiliului, ci unele cerințe au fost schimbate fără a exista vreo obligație sau vreo justificare pertinentă, în special în ceea ce privește factorii de evaluare și ponderile asociate acestora.

Astfel, arată că autoritatea contractantă a publicat documentația de atribuire contestată în prezenta cauză aducând noi modificări dispozițiilor ce au guvernat procedura 2, încercând în mod vădit să avantajeze una dintre cele două societăți participante - și - prin:

a) stabilirea unor ponderi ale factorilor de evaluare care, în esență, nu reflectă avantajele obținute de achizitor, nu determină cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic și are ca efect distorsionarea rezultatului procedurii;

b) ignorarea măsurilor de remediere dispuse de către ANAP prin avizele conform condiționate emise în cadrul procedurii 1 și procedurii 2;

c) instituirea unor criterii de calificare privind capacitatea economică și financiară și privind capacitatea tehnică și/sau profesională nelegale și profund restrictive.

Totodată, consideră că cerința privind podeaua autobuzelor de capacitate medie este nelegală, soluția tehnică indicată de achizitor fiind imposibil de obținut fără încălcarea Regulamentului CEE-ONU nr. 107.

A. Modalitatea de stabilire a factorilor de evaluare:

Potrivit pct. II.2.5 din Fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a ales criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț”, stabilind următorii factori de evaluare:

a) prețul ofertei - cu o pondere de 50%;

b) consumul de energie electrică pentru tracțiune conform test SORT 2 - cu o pondere de 50%.

Ponderile atribuite celor doi factori de evaluare nu reflectă, însă, importanța reală a caracteristicii tehnice considerate a reprezenta un avantaj calitativ, nefiind apte să determine oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, și conduc la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire.

În continuare contestatorul redă tabelar, factorii de evaluare prevăzuți de ORAȘUL în procedurile de atribuire demarate prin care urmărește atribuirea acestui contract de furnizare.

Astfel, arată că în cazul procedurii 1, Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis un aviz conform condiționat în ceea ce privește documentația de atribuire.

16. Potrivit punctului 2) al acestui aviz:

„În fapt: Secțiunea II.2.5 - modul de alocare/distribuție a ponderilor pentru factorii de evaluare în cadrul criteriului de atribuire, poate conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică; de asemenea, algoritmul de

calcul al punctajului ofertei acordat pentru factorii de evaluare „Autonomia autobuzelor electrice” și „Perioada de garanție extinsă” nu este precizat clar și complet.

Măsuri de remediere:

a) acordați o pondere mai mare componentei financiare; modificați și în caietul de sarcini (pag. 60, 61), precum și în strategia de contractare;

b) referitor la factorul de evaluare „Autonomia autobuzelor electrice” - pentru o informare completă a operatorilor economici, completați în rubrica „Algoritm de calcul” cu precizarea ca ofertele care prezintă autonomia autobuzelor electrice de 200 km pentru ambele tipuri de autobuze (conform cerinței minime din caietul de sarcini - pag. 10) nu vor fi punctate; modificați și în caietul de sarcini (pag.61, 62), precum și în strategia de contractare;

c) referitor la factorul de evaluare „Perioada de garanție extinsă” - pentru o informare completă a operatorilor economici, completați în rubrica „Algoritm de calcul” cu precizarea că ofertele care nu prezintă perioada de garanție extinsă nu vor fi punctate; modificați și în caietul de sarcini (pag. 62, 63), precum și în strategia de contractare”.

Astfel, arată că ANAP a apreciat că o pondere de 60% în cazul componentei financiare nu este suficientă și că ar trebui majorată.

Contestatorul susține că aceste aspecte au fost sesizate din nou, în cadrul procedurii 2, în care ANAP a emis avizele conform condiționate nr. 3735/21.02.2022 și nr. 3735/9827/05.05.20 22, ultimul chiar după pronunțarea și punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. 851/C4/ 658/21.04.2022, prin care a fost reiterată solicitarea ca prețului ofertei să îi fie conferită o pondere mai mare.

Prin urmare arată că autoritatea contractantă nu s-a conformat măsurilor de remediere menționate în avizele conforme condiționate.

În optica ANAP - regăsită atât în Lista de verificare pentru contractele de bunuri convenționale, cât și în lista ce cuprinde cele mai frecvente neconformități identificate în activitatea de control ex-ante - ponderea componentei financiare trebuie să fie superioară componentei tehnice astfel încât rezultatul procedurii de atribuire să nu fie distorsionat, iar achizitorul să nu obțină oferte cu performanțe care depășesc necesitățile sale.

Cu alte cuvinte, în ipoteza în care ponderea atribuită prețului ofertelor este mai mică sau egală decât cea a componentei tehnice, nu sunt respectate dispozițiile art. 32 alin. (1) și (9) din Anexa la HG nr. 395/2016 și nici prevederile art. 190 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 32 alin. (1) și (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, „factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare

prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formal și să poată fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire”, iar „ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect: a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau b) quantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv”.

Totodată, conform art. 189 alin. (1) și (2) și art. 190 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată. În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare”, iar „autoritatea contractantă precizează în documentele achiziției ponderea relativă pe care o acordă fiecărui factor de evaluare ce va fi aplicat pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, cu excepția cazului în care oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic este determinată prin aplicarea criteriului prețului cel mai scăzut”.

În opinia sa atribuirea unei ponderi de 50%, egală cu cea a factorului de evaluare tehnic, nu aduce un avantaj real autorității contractante și nici nu reflectă în mod corect importanța caracteristicii tehnice, aceasta fiind cu mult supraevaluată.

De altfel, modul în care autoritatea contractantă a modificat ponderile factorilor de evaluare în timp, pe parcursul celor trei proceduri de atribuire, este sugestiv în acest sens. Astfel, de la o valoare inițială de 20%, ORAȘUL a majorat ponderea factorului de evaluare privind consumul de energie electrică la 40% și, în final, la 50%, fără a ține cont de avizele condiționate emise de către ANAP și de faptul că ponderea prețului ofertei ar fi trebuit să fie mai mare de 60%.

Față de informațiile regăsite în cel mai recent raport al procedurii - emis ca urmare a evaluării ofertelor singurilor doi operatori economici interesați de contractul ce se dorește a fi atribuit de ORAȘUL, în opinia sa această abordare este susceptibilă să nască o prezumție de favorizare injustă a societății Anadolu.

Astfel, conform raportului procedurii nr. 300005/15.09.2022, consumul de energie electrică ofertat de cei doi concurenți este de:

.....

0,5813 kWh/km pentru autobuzele de capacitate mică

0,7081 kWh/km pentru autobuzele de capacitate medie

.....

0,625 kWh/km pentru autobuzele de capacitate mică

0,715 kWh/km pentru autobuzele de capacitate medie

În opinia sa este evident și de necontestat faptul că și în cazul noii proceduri de atribuire, care are același obiect, cei doi operatori economici vor oferi aceleași produse, cu aceleași specificații tehnice precum cele analizate de către autoritatea contractantă în procedura 2.

În acest context, consideră că majorarea valorii ponderii factorului de evaluare tehnic până la valoarea de 50% - în contradicție cu avizele condiționate ANAP și cu prevederile legale amintite - reprezintă o conduită nelegală a autorității contractante, care încalcă principiul tratamentului egal, al nediscriminării și al liberei concurențe.

Contestatorul precizează că un element suplimentar în sprijinul acestor afirmații este reprezentat și de modul de stabilire a cerinței privind buletinele de măsurători ce trebuie prezentate de către ofertanți pentru a dovedi valoarea consumului de energie electrică.

Potrivit cerinței de la pagina 10 a caietului de sarcini:

- „Ofertantul va prezenta un buletin de măsurători din care să reiasă consumul specific pentru ciclul de deplasare SORT2 („Standardised On-Road Test cycles” - ciclul 2. mixed/easy urban) emis de un laborator acreditat în acest sens, conform documentului UITP „E-Sort Electric Addendum” (a se vedea <http://www.uitp.org/news/E-SORT-addendum>)”.

În forma anterioară, aferentă procedurii 1 și procedurii 2, susține că buletinul de măsurători trebuia să fie eliberat de un laborator acreditat din Uniunea Europeană.

Conform raportului procedurii - pagina 8, unul dintre motivele de neconformitate a ofertei este reprezentat de faptul că buletinele de măsurători prezentate nu provin de la un laborator situat pe teritoriul Uniunii Europene, ci de la un laborator din Turcia.

Astfel, în contextul celei mai recente forme a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a înlăturat practic acest motiv de neconformitate a ofertei respective, stabilind că ar fi necesar un buletin de măsurători emis de la orice laborator acreditat, inclusiv din afara Uniunii Europene.

Or, procedând astfel, consideră că achizitorul încalcă în mod evident principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Nu mai puțin, sunt încălcate și prevederile art. 50 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt

concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

În opinia sa încercarea de eludare a prevederilor legale este evidentă, autoritatea contractantă modificând în mod succesiv elemente esențiale și disputate ale aceleiași documentații de atribuire, sub pretextul organizării unor „noi” proceduri de atribuire, pentru a avantaja în mod injust un anumit operator economic.

Încălcarea prevederilor amintite și în special a principiului liberei concurențe, în opinia sa expune achizitorul la aplicarea unor sancțiuni drastice din partea ANAP și chiar a altor organe/autorități ale statului.

Conform art. 327 C. pr. civ., prezumțiile sunt consecințele pe care legea sau judecătorul le trage dintr-un fapt cunoscut spre a stabili un fapt necunoscut și sunt clasificate în două categorii: (i) prezumțiile legale și (ii) prezumțiile judiciare, „lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate și puterea de a naște probabilitatea faptului pretins” (art. 329 C. pr. civ.).

În cadrul Secțiunii II.B infra, unde va analiza nelegalitatea cerinței privind capacitatea economică și financiară, susține că sunt prezentate și alte aspecte a căror coroborare confirmă încălcarea principiilor reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele arătate, solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la modificarea ponderilor alocate factorilor de evaluare astfel încât: (i) ponderea alocată componentei financiare să fie mai mare decât cea alocată componentei tehnice și (ii) să fie satisfăcute exigențele art. 32 alin. (1), (8) și (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, dar și cele ale art. 189 și art. 190 din Legea nr. 98/2016.

B. Cerința privind cifra de afaceri

Conform fișei de date a achiziției (pagina 6, punctul III.1.2), „media cifrei de afaceri anuale a ofertantului pe ultimii 3 ani (2019, 2020, 2021) trebuie să fie în valoare de cel puțin 96.000.000,00 lei, din care media cifrei de afaceri în domeniul obiectului contractului de achiziție publică trebuie să fie în valoare de cel puțin 48.000.000,00 lei”.

Consideră că această cerință nu se încadrează în limitele prevăzute de art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și are o natură restrictivă.

Potrivit textului legal amintit, „cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi: a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent”.

Consideră că modul de redactare a art. 175 alin. (2) lit. a) - prin folosirea cuvântului „inclusiv” - arată că autoritățile contractante au dreptul să aibă în vedere cifra de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului ca o simplă variantă de alegere, în sensul că este permisă limitarea la cifra de afaceri obținută în domeniul contractului [n. n. - mențiune care era necesară pentru a justifica limitarea]. Norma juridică nu le conferă posibilitatea de a fixa, în mod cumulativ, atât o limită inferioară pentru cifra de afaceri în domeniul obiectului contractului, cât și o limită inferioară pentru cifra de afaceri obținută din toate activitățile comerciale realizate de operatorii economici.

Arată că această interpretare este susținută sistematic și de prevederile art. 175 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care face referire în mod singular la elementul cifrei de afaceri minimă anuală, care poate depăși limita prevăzută la alin. (2) lit. a) în cazuri temeinic justificate, precum cele legate de existența unor riscuri speciale aferente naturii lucrărilor, serviciilor sau produselor care fac obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

Totodată, consideră că cerința este și excesivă întrucât la dovedirea nivelului celor două elemente vor trebui depuse două categorii de documente: (i) cele aferente cifrei de afaceri globale din ultimii 3 ani și (ii) cele aferente cifrei de afaceri din domeniul contractului. În cazul ultimei categorii, ofertanții au obligația de a extrage din situațiile financiare sumele aferente domeniului contractului.

Prin urmare consideră că interdicția de cumulare a elementelor menționate la art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 98/2016 este imperativă și este încălcată în mod nepermis de către ORAȘUL

Cu referire la acest aspect arată că în cadrul procedurilor anterioare, cerința de la punctul III.1.2 din fișa de date a achiziției nu impunea un nivel al cifrei de afaceri de cel puțin 48.000.000,00 lei în domeniul obiectului contractului.

Acest prag a fost introdus cu titlu de noutate în procedura prezentă, ulterior observării de către achizitor a ofertelor depuse de către SA și Anadolu.

După cum rezultă și din raportul procedurii și din declarația de participare aferente procedurii 2, ... SA arată că a apelat la susținerea financiară a unui terț, iar prin inserarea acestei cerințe achizitorul urmărește să împiedice accesul său având în vedere că societatea terță nu are activitate în domeniul contractului.

Conform art. 31 alin. (1) și (2) din Anexa la HG nr. 395/2016, consideră că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a

fi atribuit. Autoritatea contractantă are dreptul de a impune ca cerință minimă de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului.

Totodată, arată că potrivit art. 175 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului”.

Având în vedere existența pragului impus de autoritatea contractantă pentru media cifrei de afaceri globală - cu o valoare aproape dublă față de valoarea estimată - stabilirea și a unui prag pentru media cifrei de afaceri în domeniul contractului, în opinia sa face ca cerința să fie nenecesară și disproporționată față de natura și complexitatea contractului care urmează a fi atribuit, care presupune furnizarea unor produse, iar nu efectuarea unor lucrări sau prestarea unor servicii.

De asemenea, impunerea unei cerințe atât de restrictivă nu este justificată nici de o pretinsă legătură cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului, valoarea unui presupus viitor prejudiciu fiind exponențial mai mic decât pragul impus de achizitor. De altfel autoritatea contractantă a identificat un număr de doar cinci riscuri în caietul de sarcini (pag. 52-55), dintre care niciunul nu se referă la capacitatea economică și financiară a furnizorului.

În aceste condiții, solicită admiterea contestației și obligarea autorității la eliminarea pragului mediei anuale a cifrei de afaceri de cel puțin 48.000.000,00 lei în domeniul obiectului contractului.

C. Cerința privind experiența similară.

Conform pct. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției, „ofertantul va face dovada experienței similare, respectiv va face dovada că în ultimii 3 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor a furnizat pe teritoriul UE minim 23 de autobuze cu propulsie electrică destinate transportului public de persoane și minim 28 de stații de încărcare pentru autovehicule electrice la nivelul a maxim 3 contracte”.

Potrivit informațiilor din documentația de atribuire, obiectul principal al contractului este reprezentat de furnizarea de autobuze electrice.

Acest aspect este confirmat și de:

- a) codul CPV principal selectat de către autoritatea contractantă; și
- b) art. 1 din modelul de contract publicat de achizitor (fișierul denumit „Contract Partea 1 final”), unde se menționează că achiziția privește 23 de autobuze electrice dotate cu stații de încărcare.

În cazul stațiilor de încărcare, susține că codul CPV este unul secundar.

În acest context consideră că devin incidente prevederile art. 5 alin. (3) din Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 2/2017, conform cărora „experiența similară nu trebuie să fie solicitată și pentru activități secundare/accesorii, indiferent de ponderea valorică a acestora în obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, în condițiile în care acestea nu afectează indicatorii de performanță/nivelul calitativ ce caracterizează obiectul principal sau scopul respectivului contract”.

Așadar, consideră că dispozițiile imperative amintite sunt încălcate de către autoritatea contractantă.

Sub un al doilea aspect, consideră că cerința este și restrictivă, fiind evident că majorarea cantității la care se vor raporta operatorii economici atunci când vor analiza îndeplinirea cerinței privind experiența similară va împiedica participarea celor care, spre deosebire de procedurile anterioare, nu au mai furnizat mai mult de o singură stație de încărcare în ultimii 3 ani anterior datei-limită stabilite pentru depunerea ofertelor.

În cazul procedurilor anterioare, cerința de la pct. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției impunea un minim de o stație de încărcare. Această cantitate a fost majorată în mod nejustificat în cea mai recentă variantă a documentației de atribuire, deși autoritatea contractantă, având în vedere istoricul procedurii și necesitățile declarate anterior, are obligația de a nu structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

Pentru motivele arătate, solicită admiterea contestației și eliminarea din cuprinsul cerinței de calificare prevăzute la pct. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției a obligației de a face dovada experienței similare cu privire la un număr de minim 28 de stații de încărcare pentru autovehicule electrice.

D. Cerința privind podeaua autobuzelor de capacitate medie este nelegală.

La pagina 17 a caietului de sarcini, achizitorul stabilește cerințele privind caroseria: „Caroseria va fi auto-portantă de tip cheson și va avea podeaua (planșeul) coborât/ă pe toată suprafața destinată pasagerilor în picioare (nu sunt permise trepte în dreptul ușilor, la urcarea în autobuz - pentru a nu îngreuna urcarea persoanelor cu mobilitate redusă) pentru autobuzele de dimensiuni mici (8-9 m), iar pentru autobuzele de dimensiuni medii (11,8-12,5 m) podeaua trebuie să fie total coborâtă, pe toată lungimea acestora, nefiind admise trepte pe toată suprafața podelei (planșeului)”.

Astfel, în cazul autobuzelor de capacitate mică, podeaua (planșeul) va fi coborâtă pe toată suprafața destinată pasagerilor în picioare, nefiind

permise trepte în dreptul ușilor și la urcarea în autobuz, pentru a nu îngreuna urcarea persoanelor cu mobilitate redusă.

În situația autobuzelor de capacitate medie, podeaua trebuie să fie total coborâtă, pe toată lungimea autobuzelor, nefiind admise trepte pe toată suprafața podelei (planșeului).

Așadar, arhitectura celor două tipuri de autobuze este diferită.

În cazul autobuzelor de dimensiuni medii însă, autoritatea contractantă impune o cerință nelegală, redactată incomplet, neclar și imprecis.

Lipsa treptelor pe întreaga suprafață a podelei, pe toată lungimea autobuzelor, este o caracteristică tehnică imposibil de îndeplinit.

Potrivit Regulamentului CEE-ONU nr. 107, planșeul este definit ca fiind „acea parte a caroseriei a cărei suprafață superioară susține pasagerii care călătoresc în picioare, picioarele pasagerilor care sunt așezați pe scaune, conducătorul auto și orice membru al personalului de bord și care poate susține suporturile scaunelor” (pct. 2.14.1).

Astfel, afirmând că nu se admit trepte pe toată suprafața podelei autobuzului, autoritatea contractantă impune ca pe întreaga lungime a autobuzului să nu existe nicio treaptă.

Din punct de vedere tehnic, datorită configurației punților și a echipamentelor necesare a fi montate (motor, baterii electrice, echipament electric, etc.), această soluție este imposibilă. Nu există niciun autobuz care să aibă întreaga suprafață a planșeului fără trepte. Orice autobuz cuprinde în zona spate (unde, de regulă, sunt echipamentele) și în zona pasajelor de roți trepte sau, după caz, supraînălțări unde sunt montate scaunele pentru pasageri.

Aceste trepte care susțin picioarele pasagerilor așezați sunt parte a planșeului, conform definiției de la pct. 2.14.1 din Regulament.

La o analiză atentă a Regulamentului observă că omologarea de tip se acordă vehiculelor cu planșeu jos atunci când, potrivit pct. 2.1.4, cel puțin 35 % din suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare (în secțiunea anterioară în cazul vehiculelor articulate sau pe platforma inferioară în cazul vehiculului etajat) constituie o zonă fără trepte și are acces la cel puțin o ușă de serviciu.

În situația actuală, solicitarea autorității contractante este cu mult mai restrictivă, în sensul că nu doar 100% din suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare trebuie să fie fără trepte (cum e cazul autobuzelor de dimensiuni mici ce fac obiectul procedurii de atribuire), ci 100% din întreaga podea trebuie să constituie o zonă fără trepte.

Or, în această ipoteză, pentru că planșeul susține inclusiv picioarele pasagerilor care sunt așezați pe scaune, nu ar putea fi amplasate scaune în zonele unde se află arcurile roților, zonele aferente ușilor de acces, zona din mijlocul autobuzelor unde sunt poziționate scaunele de prioritate și unde se află pasagerii care călătoresc în picioare, precum în

zonele unde se află echipamentele/componentele care se află sub planșeu.

Ar rezulta astfel o imposibilitate a îndeplinirii, de către un autobuz de maximum 12,5 metri, cu o suprafață interioară maximă de 30 m², a cerinței minime privind numărul scaunelor pentru călători (27 de locuri pe scaune și 4 scaune cu prioritate - pagina 16 din caietul de sarcini), în special pentru că trebuie respectate dimensiunile minime prevăzute pentru scaune și spațiile dintre acestea conform pct. 7.7.8 din Anexa 3 la Regulament.

Nu mai puțin, arată că cerința este contradictorie cu prevederile de la pagina 19 a caietului de sarcini, unde se stabilește că:

„În completarea reglementărilor menționate, rampa pentru persoanele cu mobilitate redusă, podeaua (planșeul) și covorul din interiorul salonului pentru pasageri trebuie să respecte următoarele cerințe:

- Rampa pentru urcarea persoanelor cu mobilitate redusă va fi prevăzută la ușa din mijloc și va avea un mecanism simplu și fiabil, ușor și rapid de manevrat. Rampa va fi acoperită cu material cu rezistență la uzură și proprietăți antialunecare pe ambele fețe.

- Poziția „rampă coborâtă” va fi semnalizată optic la bord iar în această situație, sistemul de siguranță al autobuzului electric nu va permite punerea lui în mișcare. Rampa va fi marcată cu material reflectorizant, pentru a fi lizibilă noaptea în poziția „rampă coborâtă”.

- Planșeul (Podeaua) autobuzelor electrice va fi realizat/ă în varianta coborâtă. Nu se admit trepte pe toată suprafața disponibilă pentru călătorii în picioare.

- Planșeul (Podeaua) autobuzelor electrice se va executa, din materiale hidrofuge, ignifuge, cu proprietăți fonoabsorbante și izolate termic.

- Planșeul (Podeaua) va fi acoperit/ă de un covor, lipit etanș, rezistent la uzură, antiderapant, impermeabil și ignifug. Pentru covor, soluția tehnică a montajului și îmbinările la margini vor evita dezlipirea, pătrunderea apei și a impurităților sub acesta.

- Tipul covorului va fi pentru trafic intens, cu durata de viață de minim 10 ani. Culoarea covorului va fi în concordanță cu designul general al compartimentului pentru călători.

- Planșeul (Podeaua) va fi continuu/ă, fără trape de vizitare. Pentru accesul la echipamentele montate sub podea care necesită intervenții rapide se acceptă existența în podea a unor orificii de dimensiuni reduse acoperire cu capace fixate corespunzător (fără posibilitatea de a fi demontate de persoane neautorizate) și etanș”.

De asemenea, susține că cerința se află în contradicție și cu cerințele privind gabaritul de la paginile 15-16 din caietul de sarcini, unde se precizează că înălțimea treptelor interioare trebuie să se

conformeze dispozițiilor Regulamentului 36 ECE ONU. Cu alte cuvinte, se recunoaște necesitatea existenței treptelor.

Or, conform art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea 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, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

În consecință, solicită să se dispună obligarea autorității contractante la modificarea cerinței privind caroseria în ceea ce privește autobuzele de dimensiuni medii, astfel încât să fie aceeași cu cea referitoare la autobuzele de dimensiuni mici.

În drept invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, art. 50, art. 175, art. 187, art. 189, art. 190 din Legea nr. 98/2016, art. 31, art. 32 din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul cererii.

Prin adresa nr. 40803/12.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60875/13.12.2022 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația formulată de SA, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Pentru început autoritatea contractantă prezintă considerații generale asupra procedurii de atribuire.

I. Referitor la primul motiv al contestației, și anume: „A. Modalitatea de stabilire a factorilor de evaluare”, autoritatea contractantă solicită să se observe lipsa totală de temeinicie a criticilor aduse documentației de atribuire, și anume asupra factorilor de evaluare stabiliți în aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, contestația depusă nefiind altceva decât o încercare de a obliga autoritatea contractantă de a cumpăra autobuzele pe care le are contestatorul de vânzare.

Din conținutul contestației, reiese în mod evident că nimic nu îl împiedică pe contestator să participe și să depună o ofertă conformă cu documentația de atribuire astfel cum este publicată. Ce îl nemulțumește pe contestator este aplicarea unor factori de evaluare pentru componenta tehnică care, probabil, nu îi aduc avantajele dorite de acesta.

Autoritatea consideră că factorii de evaluare stabiliți, cât și ponderea alocată fiecăruia, respectă în totalitate Decizia CNSC nr. 851/C4/648 din 21.04.2022, respectiv: „Față de cele de mai sus, Consiliul constată fondate criticile aduse cu privire la nelegalitatea factorului de evaluare «Numărul de locuri pentru călătorii transportați pe scaune montate pe podeaua coborâtă a autobuzului», urmând ca acesta să fie eliminat, cu consecința redistribuirii punctajului de 25% aferent acestuia către ceilalți doi factori de evaluare rămași, respectiv „Prețul

ofertei” și „Consumul de energie electrică pentru tracțiune conform test SORT 2(P2.1)”.

Mai mult, contrar susținerilor contestatorului, cum că „majorarea valorii ponderii factorului de evaluare tehnic până la valoarea de 50% - în contradicție cu avizele condiționate ANAP și cu prevederile legale amintite - reprezintă o conduită nelegală a autorității contractante, care încalcă principiul tratamentului egal, al nediscriminării și al liberei concurențe”, autoritatea precizează că modificarea prin erata EN1036636 din 11.05.2022 a factorilor de evaluare și stabilirea ponderii de 50% alocată factorilor de evaluare aferenți componentei tehnice a primit avizul conform necondiționat din partea ANAP, aviz pe care îl atașează la prezentul punct de vedere. (A se consulta AVIZ nr. 3735/10417/11.05.2022, erata nr. EN1036636 și clarificarea din oficiu generată în mod automat de către SEAP).

Referitor la modificarea cerinței minime din caietul de sarcini ce prevede ca ofertanții să prezinte un buletin de măsurători din care să reiasă consumul specific pentru ciclul de deplasare SORT 2 emis de un laborator acreditat în acest sens, autoritatea contractantă susține că a corelat informațiile existente la nivelul documentației de atribuire ce a făcut obiectul procedurii de atribuire publicată prin anunțul de participare nr. CN1039948/3.03.2022 și a corectat în consecință noua documentație de atribuire postată prin anunțul de participare nr. CN1049899/27.11.2022, documentație ce face obiectul prezentei contestații.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să observe că în vechea documentație de atribuire, respectiv în caietul de sarcini, la pag. 10 era prevăzută cerința minimă: „Ofertantul va prezenta un buletin de măsurători din care să reiasă consumul specific pentru ciclul de deplasare SORT2 („Standardised On-Road Test cycles” - ciclul 2, mixed/easy urban) emis de un laborator acreditat din UE, conform documentului UITP „E-Sort Electric Addendum” (a se vedea <http://www.uitp.org/news/E-SORT-addendum>)”, în timp ce, în același caiet de sarcini, la cap. 16 Criteriul de atribuire: cel mai bun raport calitate -preț, pag. 59 și 60, cerința cu privire la laboratorul emitent al buletinelor de măsurători, este: „Testul eSORT 2 va fi atestat de un organism acreditat în acest sens”.

Mai mult, arată că în anunțul de participare nr. CN1039948/3.03.2022, respectiv în fișa de date a achiziției, cerința minimă cu privire la laboratorul emitent, este: „Testul eSORT 2 va fi atestat de un organism acreditat în acest sens”.

II. Cu privire la cel de-al doilea motiv al contestației, și anume: B. Cerința privind cifra de afaceri, autoritatea contractantă precizează că a stabilit cerința minimă de calificare cu privire la Situația economică și financiară, și anume: „Cifra de afaceri medie specifică Media cifrei de afaceri anuale a ofertantului pe ultimii 3 ani (2019, 2020, 2021) trebuie să fie în valoare de cel puțin 96.000.000,00 lei, din care media cifrei de

afaceri în domeniul obiectului contractului de achiziție publică trebuie să fie în valoare de cel puțin 48.000.000,00lei”, în conformitate cu prevederile art. 175 din Legea nr. 98/2016, alin. (2), lit. a), respectiv ale art. 58 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

În acest sens arată că potrivit Cauzei C 927-19 (hotărâre ce se regăsește accesând link-ul <https://anap.gov.ro/web/jurisprudenta-cjue/>), autoritatea contractantă poate solicita atât o cifră de afaceri anuală minimă globală cât și o cifră de afaceri minimă specifică, după cum reiese din Hotărârea Curții: „75 După cum reiese din articolul 58 alineatul (3) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante pot solicita în special ca operatorii economici să aibă o cifră de afaceri anuală minimă, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul la care se referă contractul.

76 Rezultă astfel din această dispoziție că, atunci când definesc condițiile de natură să garanteze că operatorii economici au capacitatea economică și financiară necesară pentru executarea contractului, autoritățile contractante pot decide să impună ca operatorii economici să fi realizat o cifră de afaceri anuală minimă globală sau o cifră de afaceri minimă dată în domeniul reglementat de contractul de achiziții publice în cauză ori să combine aceste două cerințe”.

Mai mult, arată că potrivit Deciziei CNSC nr. 2640/C11/2835 privind soluționarea contestației depusă de către contestator pentru prima procedură de atribuire publicată prin anunțul de participare nr. CN1035949/19.10.2021, Consiliul reține că: „solicitarea petentei de reducere a valorii acestui indicator economic echivalează cu lipsirea achizitoarei de un instrument eficient în verificarea 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”.

De asemenea susține că jurisprudența CJUE este constantă în sensul că asemenea criterii trebuie stabilite pentru a oferi siguranță autorității contractante că potențialul ofertant poate susține contractul.

Prin urmare susține că cerința privind capacitatea economică și financiară se încadrează în dispozițiile legale aplicabile, este adaptată și proporțională cu un contract de achiziție publică de o asemenea anvergură finanțat din fonduri europene și este o cerință care respectă principiile fundamentale ce guvernează domeniul achizițiilor publice (egalitate de tratament, proporționalitate, transparență etc.). În opinia sa, solicitarea contestatorului nu este formulată în sensul asigurării respectării principiilor fundamentale, ci este formulată pentru ca această

documentație de atribuire să fie redactată în așa fel încât acesta să se poată încadra.

În opinia sa este inadmisibil ca un potențial ofertant să formuleze contestație care să vizeze cu scopul unic de a permite încadrarea sa în criteriile procedurii și în acest sens participarea acestuia la procedură. Atât solicitarea în ceea ce privește cifra de afaceri, cât și celelalte solicitări ce nu pot și nu trebuie să fie acceptate de către ea, sunt bazate pe simple susțineri ale acestui potențial ofertant, susțineri ce nu sunt dovedite sau întemeiate pe dispoziții legale.

III. Referitor la cel de-al treilea motiv invocat de către contestator, respectiv C. Cerința privind experiența similară, cerință minimă de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea consideră că este în conformitate cu art. 178 din Legea nr. 98/2016 și cu prevederile din Instrucțiunea nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare.

În stabilirea cerinței de calificare cu privire la capacitatea tehnică și profesională solicitată, și anume: „Ofertantul va face dovada experienței similare, respectiv va face dovada că în ultimii 3 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor a furnizat pe teritoriul UE minim 23 de autobuze cu propulsie electrică destinate transportului public de persoane și minim 28 de stații de încărcare pentru autovehicule electrice la nivelul a maxim 3 contracte”, autoritatea contractantă precizează că a avut în vedere prevederile art. 31, alin. (1) din HG nr. 395/2016 conform căroră: „(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

- a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;
- b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”.

Astfel, având în vedere de gradul de tehnicitate presupus pentru îndeplinirea contractului în condiții optime, autoritatea contractantă a stabilit că este necesar, pentru demonstrarea experienței similare în astfel de contracte, ca operatorii economici participanți să facă dovada că au realizat activități similare constând în furnizarea pe teritoriul UE de produse similare (minim 23 autobuze cu propulsie electrică și minim 28 stații de încărcare pentru vehicule electrice).

Cu privire la acest aspect arată că ofertanții au posibilitatea de a face dovada îndeplinirii cerinței astfel:

- fie prezentarea unui singur contract (care să acopere prin obiectul său produsele similare solicitate), iar cantitatea produselor similare să fie în cuantumul solicitat;
- fie prezentarea unui număr maxim de 3 contracte distincte, cu condiția ca prin contractele prezentate să fie acoperite produsele similare

solicitate, iar cantitatea cumulată a produselor similare să fie de cel puțin 23 de autobuze cu propulsie electrică destinate transportului public de persoane și 28 de stații de încărcare autovehicule electrice.

În consecință, autoritatea contractată susține că cerințele de calificare prin care s-a solicitat dovada furnizării de autobuze cu propulsie electrică și stații de încărcare autovehicule electrice, au legătură cu obiectul și natura contractului iar operatorii economici care au furnizat asemenea produse fac dovada că dețin acel potențial tehnic ce reflectă posibilitatea concretă de a îndeplini contractul de achiziție publică și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, în conformitate cu prevederile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În plus, arată că în demonstrarea îndeplinirii cerinței minime de calificare privind experiența similară solicitată, legislația achizițiilor publice reglementează instituția asocierii de operatori economici cât și instituția susținerii acordată de un terț. Drept urmare, această cerință de calificare nu restrânge concurența nici pentru operatorii economici care nu o pot îndeplini din resurse proprii.

Astfel cum a reiterat în tot cuprinsul acestui punct de vedere, arată că criteriile de atribuire sunt formulate de către autoritatea contractantă pentru a putea satisface nevoile și scopul pentru care se desfășoară procedura de achiziție publică.

De asemenea arată că așa cum s-a statuat atât în jurisprudența națională (practica CNSC), cât și în cea europeană (astfel cum rezultă din practica constantă a CJUE) autoritățile contractante beneficiază de o marjă largă de apreciere asupra criteriilor și cerințelor de calificare, în special atunci când se dorește asigurarea unor nevoi publice (sănătate, îmbunătățirea calității vieții etc). Ori așa cum rezultă cu puterea evidenței acestea sunt scopurile principale ale autorității, asigurarea creșterii calității vieții pentru persoanele cu mobilitate redusă și nu numai.

IV. Cu privire la cel de-al patrulea motiv al contestației, și anume: „D. Cerința privind podeaua autobuzelor de capacitate medie este nelegală”, autoritatea contractantă precizează că acest motiv a făcut obiectul contestației depusă de același contestator pentru procedura de atribuire publicată prin anunțul de participare nr. CN1039948/3.03.2022, motiv respins de către Consiliu prin Decizia CNSC nr. 851/C4/648 din 21.04.2022 (pe care o redă în continuare).

Astfel, solicită Consiliului că în analiza prevederilor din documentația de atribuire ce face obiectul prezentei contestații să ia în considerare decizia pronunțată anterior de Consiliu (Decizia nr. 851/C4/648 din 21.04.2022).

Având în vedere considerentele mai sus menționate, solicită respingerea contestației formulată de SA ca fiind netemeinică și nefondată, în baza art. 26 alin (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația nr. 88/07.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 59972/08.12.2022, SC SRL critică documentația de atribuire solicitând în principal, admiterea contestației, cu consecința anulării procedurii de atribuire, iar în subsidiar, admiterea contestației, cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere a documentației de atribuire.

Contestatorul consideră că contestația este întemeiată și trebuie admisă ca atare pentru următoarele argumente:

Obiectul achiziției, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, consta în: „Achiziția a 23 autobuze electrice (din care 10 autobuze electrice de capacitate mică și 13 autobuze electrice de capacitate medie) și 28 de stații de încărcare autobuze electrice (din care 23 stații încărcare lentă, 2 stații de încărcare rapidă pentru autobuzele de capacitate mică și 3 stații de încărcare rapidă pentru autobuzele de capacitate medie) conform specificațiilor tehnice din Caietul de sarcini”.

Prin nelotizarea procedurii de achiziției, contestatorul consideră că producătorii/furnizorii de stații de încărcare electrică - așa cum este societatea sa, sunt restricționați de a participa la prezenta procedură de achiziție, fiind încălcate prevederile Legii nr. 98/2016.

Compania sa, care este una dintre cele peste 10 companii din România care importă/produc și livrează stații de încărcare electrică, prin nelotizarea obiectului achiziției (achiziția stațiilor de încărcare electrică sub forma unui lot separat de autobuze) este restricționată la a participa la această licitație. Astfel, consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiile nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a), b) și e) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și dispozițiile art. 3 lit. lit. dd), art. 50 alin. (1) și (2), art. 141 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, prin faptul că a inclus în mod artificial, în aceeași procedură de atribuire, având o valoare estimată mare (48.212.254,78 lei) două tipuri diferite de achiziții, care nu sunt interdependente, nu sunt oferite de aceeași categorie de agenți economici și care ar fi presupus o împărțire pe loturi sau chiar două proceduri distincte de atribuire.

În opinia sa un prin argument al restrictivității este însăși posibilitatea companiilor ce vând stații de încărcare electrică, de a-și apăra drepturile și de a formula o contestație.

Contestatorul susține că așa cum se poate vedea, valoarea estimată a achiziției este de 48.212.254,78 lei, în cazul unei contestații fiind obligați în acord cu prevederile Legii nr. 101 din 19 mai 2016, art. 61¹ la constituirea unei cauțiuni de 220.000,00 lei. Din valoarea de 48.212.254,78 lei, valoarea stațiilor de încărcare electrică (ce ar fi trebuit să fie lot separat sau o procedură separată) este conform prevederilor de la pagina 5 a caietului de sarcini în valoare de doar 1.339.750 lei, cu alte cuvinte cauțiunea este de 16,42% din valoarea obiectului contractului. În opinia sa nu este necesar de nici o altă

justificare pentru a demonstra că operatorii economici sunt discriminați și restricționați, nu numai de la posibilitatea de a transmite o ofertă de preț, ci însăși de la a formula o critică asupra documentației de atribuire. Prin valoarea prohibitivă a cauțiunii la care sunt obligați să se supună ofertanții (și pe care cu eforturi foarte mari societatea sa a reușit să o asigure) efectiv este interzis dreptul de acces al ofertanților la justiție și la apărarea intereselor lezate.

Dacă stațiile de încărcare electrică ar fi constituit lot separat sau o procedură separată (așa cum ar fi fost firesc) legiuitorul l-ar fi supus la o cauțiune de 35.000 lei, adică la un procent de 2,61% și nu la 16,42% adică de peste 7 ori mai mare.

Un al doilea argument al fundamentării contestației sale îl reprezintă argumentul tehnic al obiectului contractului supus licitației:

- achizitorul cumpără 23 de autobuze electrice, ce nu au nici o legătură cu cele 28 de stații electrice de încărcare;

- după cum se poate vedea din cadrul caietului de sarcini, nu există nici o condiționalitate tehnică care ar putea justifica achiziția stațiilor de încărcare în același contract cu autobuzele. La nivelul caietului de sarcini, se constată cu ușurință următoarele:

- o cerințele tehnice ale stațiilor de încărcare electrică, sunt clare, sunt cerințe tehnice uzuale, bine definite și nu condiționează sub nici un fel achiziția de autobuze;

- o deși la nivelul documentației de atribuire nu se oferă nici un argument logic de ce este necesar ca autobuzele să fie achiziționate la un loc cu stațiile, și-ar putea imagina că un posibil motiv de a păstra achiziția de autobuze la un loc cu stațiile l-ar putea constitui limitările tehnice și interdependența dintre caracteristicile tehnice ale autobuzului cu caracteristicile tehnice ale stațiilor de încărcare. Însă, un asemenea argument ar fi unul total fals, deoarece atât stațiile de încărcare electrice cât și autobuzele sunt fabricate după anumite standarde tehnice, în așa fel încât să fie universale. Toți producătorii de autobuze fabrică stațiile după standardele obligatorii, în așa fel încât acestea se pot încărca de la orice tip de stație. De altfel, solicită Consiliului să constate că nu există în lista/fișa tehnică a autobuzelor și nici în cea a stațiilor o limitare/cerință specială care ar face ca stațiile să fie interdependente de autobuze și vice-versa. Dacă totuși ar exista o astfel de interdependență, este în obligația achizitorului să le indice în așa fel încât stațiile oferite să se ridice la nivelul cerințelor autobuzului și să fie compatibile cu autobuzul;

- o stațiile supuse obiectului achiziției, sunt stații cu cerințe tehnice reduse, nu sunt stații care să fie fabricate special pentru acest contract/client, sunt stații uzuale de pe piață. Acest aspect face ca să poate fi oferite stații de încărcare de către orice IMM/societate/operator economic, independent de un producător sau dealer de autobuze electrice;

o după cum se poate constata din cadrul caietului de sarcini, stațiile de încărcare electrice sunt fixe, sunt necesare a se racorda la rețeaua de alimentare cu energie electrică, acestea nefiind condiționate sub nici o formă de cerințele autobuzelor, putând fi furnizate de orice agent economic, altul decât cel ce furnizează autobuzele.

În concluzie, consideră că nu există nici un raționament tehnic real (și nici invocat în cadrul documentației de atribuire) pentru care achiziția de stații de încărcare ar trebui să fie legată/la pachet cu autobuzele.

Un al treilea argument al restrictivității sunt prevederile documentației de atribuire, care nu respectă principiul proporționalității și al nediscriminării:

- pentru ca o societate, așa cum este a sa, să poată participa la licitație și să ofere stații a căror valoare estimată este de 1,34 mil lei, trebuie să își găsească un asociat care să vândă autobuze electrice de 46,8 mil lei. Cu alte cuvinte, trebuie să găsească un ofertant potențial care să îndeplinească cerințele de calificare și cerințele tehnice ale autobuzelor, doar pentru a da o oferta de 1,34 mil lei. Este evident restrictiv și neproporțional;

- în cazul în care ar trebui să caute un ofertant asociat care să vândă autobuze, s-ar lovi de o altă problemă: în lume nu există un număr infinit de producători de autobuze, dar există un număr mare de ofertanți de stații. Astfel, un producător de autobuze va alege să meargă la această licitație cu un singur ofertant de stații, restul (așa cum este și societatea sa) nici nu va avea posibilitatea să trimită o ofertă;

- este de notorietate că 90% din licitațiile din România pe autobuze electrice sunt câștigate de 2 operatori economici: SRL și respectiv Prin urmare, oricare dintre aceștia vor putea alege doar 2 furnizori de stații, restul ofertanților de stații vor „rămâne acasă” fără posibilitatea să ofere;

- ba mai mult, din analiza istoricului SRL și respectiv (care, așa cum a precizat, câștigă peste 90% din licitațiile din România) nici nu apelează la întreprinderi/ofertanți de stații de încărcare electrică din România, ei alegând să lucreze cu parteneri locali din Turcia/China și nu IMM-uri din România. În acest fel, ajung să vândă stații de încărcare electrice la prețuri exorbitante, excesive și care sunt evident în detrimentul liberei competiții, în detrimentul achizitorului și a principiului liberului acces;

- la fel de important de subliniat sunt și cerințele documentației de atribuire și a criteriului de atribuire (componenta tehnică) care nu are nici o legătură cu obiectul achiziției referitor la stațiile de încărcare electrică. După cum se poate observa, criteriul tehnic de atribuire se referă doar la autobuzele electrice, ajungându-se în situația să se ofere stații de încărcare electrică, iar evaluarea ofertelor să se facă după cerințele/ parametrii tehnici ai autobuzelor (consumul de energie

electrică pentru tracțiune conform test SORT 2 (P 2) - lucru evident incorect).

Un al patrulea argument al restrictivității în opinia sa sunt prevederile legale clare în ceea ce privește obligația achizitorului de a nu restrânge artificial concurența, astfel:

- Legea nr. 98/2016 transpune în legislația internă Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, al cărei scop major a fost, printre altele, acela de a încuraja concurența și de a sprijini întreprinderile mici și mijlocii în a participa în proceduri de atribuire;

- Dezideratul legiuitorului european de încurajare a concurenței și de sprijinire a întreprinderilor mici și mijlocii a fost preluat de legiuitorul național în cuprinsul art. 141 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016.

- Potrivit dispozițiilor art. 50 alin. (1) - (2) din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

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

- În sensul dispozițiilor art. 141 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, chiar dacă împărțirea pe loturi este un drept și nu o obligație a autorității contractante, totuși, în situația în care nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe mai multe loturi diferite.

Arată că, în cazul de față, autoritatea contractantă are ca scop să achiziționeze autobuzele și stațiile de încărcare electrică, fără să fie limitată la numărul de contracte atribuite. Păstrarea achiziției sub forma unui singur lot/achiziții (autobuze + stații de încărcare) nu aduce nici un avantaj autorității contractante, dar aduce o mulțime de limitări operatorilor economici, care nu au posibilitatea de a înainta o ofertă care să se raporteze strict la obiectul lor de activitate (firmele care vând stații de încărcare electrică nu vând și autobuze electrice, domeniul aproape monopolizat de producătorii și dealerii de autobuze).

Prin împărțirea echipamentelor pe loturi distincte și accesul unui număr cât mai mare de operatori economici specializați la procedură, deci a unei cât mai largi concurențe, consideră că autoritatea contractantă creează premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să admită prezenta contestație.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și ale Legii nr. 101/2016, precum și pe orice alt text de lege invocat în cuprinsul său.

Prin adresa nr. 40800/12.12.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 60880/13.12.2022 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Pentru început autoritatea contractantă prezintă considerații generale asupra procedurii de atribuire.

I. Referitor la motivul contestației, și anume: „nelotizarea procedurii de atribuire, respectiv achiziția stațiilor de încărcare sub forma unui lot separat”, autoritatea contractantă solicită să se constate lipsa de temeinicie a criticilor aduse documentației de atribuire, din următoarele considerente:

În aplicarea prevederilor art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă face precizarea că decizia de a nu atribui contractul pe loturi se bazează pe următoarele considerente:

Autobuzele electrice și stațiile de încărcare lente și rapide trebuie să fie compatibile în totalitate pentru asigurarea operării eficiente a programului de transport pe traseele pe care vor opera autobuzele.

Utilizarea autobuzelor electrice este condiționată de existența și funcționarea stațiilor de încărcare. Cele două tipuri de produse vizate de prezenta procedură de atribuire sunt interdependente. În cazul alegerii atribuirii pe loturi, exista riscul ca atribuirea contractelor de furnizare să fie decalate, punând astfel în pericol livrarea stațiilor de încărcare necesare, implicit a funcționării autobuzelor electrice, respectiv atingerea indicatorilor de proiect.

Autoritatea contractantă precizează că necesitatea achiziției de stații de încărcare este dependentă de achiziția autobuzelor electrice.

Ținând cont de faptul că achiziția celor două tipuri de produse este posibilă ca urmare a sprijinului financiar nerambursabil, echipamentele ce fac obiectul procedurii de atribuire fiind prevăzute în proiectele cu finanțare nerambursabilă, eligibilitatea cheltuielilor aferente stațiilor de încărcare depinde de autobuzele electrice pentru care acestea sunt achiziționate. În cazul în care autoritatea contractantă ar dispune împărțirea în 2 loturi a achiziției, respectiv achiziția de autobuze electrice distinct de cea a stațiilor de încărcare aferente și având în vedere istoricul acestei proceduri de atribuire, reluată pentru a 3-a oară, există riscul ca lotul ce vizează achiziția de autobuze electrice să nu fie atribuit, iar stațiile de încărcare să nu mai fie necesare. Decontarea cheltuielilor ocazionate de achiziția acestora nefiind permisă de finanțator, dacă indicatorii de proiect nu au fost îndepliniți 100%, lipsind chiar echipamentele pentru care acestea sunt necesare.

În plus, termenul de livrare al acestor două tipuri de produse este interdependent, livrarea unui tip de produse fiind condiționată de livrarea celui alt tip, astfel cum reiese din caietul de sarcini, cap. 3.2. Cerințe pentru stațiile de încărcare, coroborat cu prevederile art. 9 Termen de livrare, montaj, punere în funcțiune, testare și instruire personal, livrarea

stațiilor de încărcare se va face cel târziu o dată cu livrarea autobuzelor electrice, fiind echipamente absolut necesare pentru punerea în funcțiune și testarea autobuzelor electrice.

Contrar susținerilor contestatorului, și anume: „Achizitorul cumpără 23 de autobuze electrice, ce nu au nici o legătură cu cele 28 de stații electrice de încărcare; (.....). Dacă totuși ar exista o astfel de interdependență, este în obligația achizitorului să le indice în așa fel încât stațiile ofertate să se ridice la nivelul cerințelor autobuzului și să fie compatibile cu autobuzul;”, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate interdependența celor două tipuri de produse ce urmează a fi achiziționate, astfel cum reiese din documentația de atribuire publicată, astfel:

Conform anunțului de participare publicat, obiectul achiziției îl reprezintă: Furnizarea de autobuze electrice și stații de încărcare aferente, iar descrierea succintă a achiziției este: Furnizarea de autobuze electrice noi, cu acționare complet electrică și înmagazinarea energiei electrice în baterii, destinate transportului public de călători pe raza Asocierii dintre Orașul și Comuna, precum și a stațiilor de încărcare a bateriilor ce vor fi instalate la locurile de parcare a acestor autobuze. Autobuzele electrice și stațiile de încărcare aferente vor fi achiziționate de către Orașul, în cadrul următoarelor proiecte finalitate prin Programul Operațional Regional 2014 -2020: 1. Înnoirea transportului public în Orașul, proiect cod SMIS 123019. 2. Linie de transport public cu emisii zero pe ruta -, proiect cod SMIS 123020 3. Linie de transport public cu emisii zero pe ruta -, proiect cod SMIS 124200;

De asemenea arată că în caietul de sarcini, cap. 3.2. Cerințe pentru stațiile de încărcare, sunt precizate următoarele cerințe minime:

„Ofertantul declarat câștigător va livra stațiile de încărcare împreună cu autobuzele electrice și va executa montarea, instalarea și punerea în funcțiune a acestora.

Stațiile de încărcare lentă pentru autobuzele electrice vor avea minim următoarele specificații tehnice și vor fi compatibile 100% cu autobuzele furnizate în prezenta achiziție:[...]

Stațiile de încărcare rapidă pentru autobuzele electrice vor avea minim următoarele specificații tehnice, vor fi compatibile 100% cu autobuzele furnizate în prezenta achiziție.

[...]

- După conectarea autobuzului electric la stația de încărcare va fi necesar parcurgerea unui protocol de autentificare pe șofer/autobuz care după validare, pe baza unui card individual va iniția transferul de energie electrică.

Autobuzele electrice vor fi echipate cu echipamentul electronic adecvat pentru fiecare tip de sistem de încărcare, care va controla complet procesul de încărcare și va regla următorii parametri:

[...]

- Parametrii tehnici specifici stațiilor de încărcare (curent, alternativ, pentru stații lente și continuu/alternativ pentru stațiile rapide, tensiune nominală, putere nominală pe fiecare ieșire, ele.) vor fi stabiliți de către Furnizor, în funcție de tehnologiile utilizate, în vederea atingerii parametrilor impuși prin prezentul Caiet de Sarcini pentru sistemul autobuz electric - bloc de baterii - stație de încărcare.

- Stațiile de încărcare vor fi conectate la sistemul inteligent de gestionare din punct de vedere energetic a autobuzelor electrice, a blocului de baterii și a stațiilor de încărcare - SIGBB prin intermediul sistemului local de comunicații, în vederea transmiterii informațiilor solicitate de către acest sistem”.

În susținerea deciziei sale de a nu împărți pe loturi procedura de atribuire ce face obiectul prezentei contestații, în opinia sa sunt de reținut și cele precizate de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 1380/23.03.2017, cât și prin Decizia civile nr. 5724 din 23 noiembrie 2015.

Susține că din deciziile amintite rezultă că instanțele de judecată au avut în vedere, la luarea deciziilor de obligare a autorității contractante la împărțirea pe loturi, similaritatea și interdependența.

Mai mult, susține că prin achiziționarea mijloacelor de transport și a stațiilor de încărcare în cadrul unui singur lot, autoritatea contractantă se asigură că autobuzele electrice vor putea fi operate în mod eficient, respectând programul de circulație planificat și a indicatorilor asumați prin proiectele prin care este finanțată această achiziție.

În plus, autoritatea contractantă susține că urmărește ca, pe parcursul exploatării și întreținerii parcului auto, să aibă costuri cât mai reduse, pentru aceasta urmărind soluții cât mai unitare ale mijloacelor de transport și echipamentelor aferente pe care urmează să le achiziționeze. Astfel, autoritatea contractantă urmărește ca autobuzele și stațiile de încărcare să fie oferite de același furnizor. Pentru evitarea achiziționării de echipamente provenind de la furnizori diferiți, se impune ca achiziția să nu fie împărțită pe loturi.

Având în vedere considerentele mai sus menționate, solicită respingerea contestației formulată de contestatorul SC SRL ca fiind netemeinică și nefondată, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 61214/14.12.2022 SC SRL transmite Concluzii finale față de punctul de vedere al autorității contractante.

Cu privire la contra-argumentele prezentate în punctul de vedere al achizitorului (referitor la primul și al doilea argument din contestație), „Autobuzele electrice și stațiile de încărcare lente și rapide trebuie să fie compatibile în totalitate pentru asigurarea operării eficiente a programului de transport pe traseele pe care vor opera autobuzele” și că

„Utilizarea autobuzelor electrice este condiționată de existența și funcționarea stațiilor de încărcare. Cele două tipuri de produse vizate de prezenta procedură de atribuire sunt interdependente. În cazul alegerii atribuirii pe loturi, există riscul ca atribuirea contractelor de furnizare să fie decalate, punând astfel în pericol livrarea stațiilor de încărcare necesare, implicit a funcționării autobuzelor electrice, respectiv atingerea indicatorilor de proiect”, contestatorul face următoarele precizări:

- sunt lipsite de fundament contra-argumentele prezentate, compatibilitatea între autobuze și stațiile de încărcare nu constă și nu se rezolvă doar prin achiziția acestora „la pachet”;

- dacă aceste argumente ar fi fost valabile, atunci toți producătorii de autobuze ar fi vândut obligatoriu doar + stații, sau toți producătorii de stații s-ar fi afiliat unui anumit producător de autobuze, doar fiindcă altfel ar fi nefuncționale. În opinia sa afirmația este atât de lipsită de fundament, încât devine și hilară. Susține că nu a auzit niciodată de autobuze care să se poată încărca doar de la anumite stații.

- dacă argumentul „compatibilității” dintre stații și autobuze ar fi fost real și valid, atunci la nivelul caietului de sarcini ar fi trebuit să existe măcar această solicitare (adică o solicitare specifică care să prevadă expres ca stațiile să fie compatibile cu autobuzele), ori este evident că în caietul de sarcini nu există nici măcar această cerință (ceea ce în opinia sa face ca argumentul achizitorului din punctul de vedere să fie cel puțin mincinos). Simpla precizare că „stațiile de încărcare rapidă pentru autobuzele electrice vor avea minim următoarele specificații tehnice, vor fi compatibile 100% cu autobuzele furnizate” - nu este transpusă printr-o cerință verificabilă/măsurabilă;

- este logic că autobuzele achiziționate trebuie să fie compatibile cu autobuzele, de aceea există standarde de compatibilitate (standardul EN62196-2; EN62196-3; CHAdEMO, etc.) care stabilesc și arată compatibilitatea cu diverse echipamente de încărcare/vehicule ce necesită încărcare. Ca fapt divers, susține că în lume sunt 4 sisteme de încărcare (sistemul american, sistemul european, sistemul chinezesc și sistemul japonez), care asigură compatibilitatea cu toate tipurile de vehicule/ autobuze din lume. Stațiile comercializate în prezent îndeplinesc toate aceste standarde/sisteme tocmai pentru a putea avea o adresabilitate mai mare și a evita riscul incompatibilității. La aceste standarde trebuie să adere (și sunt obligați) toți producătorii de vehicule electrice, pentru a putea primi omologarea de punere pe piață. Stațiile sale acoperă în totalitate toate standarde și sunt compatibile cu orice tip de vehicul/autobuz legal pus în circulație/piață în Europa;

- dacă achizitorul dorea cu adevărat să elimine acest risc al incompatibilității, putea să depună un minim efort și să stabilească care sunt compatibilitățile, putea efectiv să stabilească cerințe de compatibilitate/standarde pe care trebuie să le respecte autobuzele și

stațiile, nu să restrângă liberul acces la procedură punând la un loc stațiile de încărcare cu autobuzele;

- este important de reținut că în punctul său de vedere achizitorul indică că achiziționează autobuzele și stațiile de încărcare din diferite proiecte de investiții (mai exact 3 proiecte diferite) și totodată cumpără 23 de autobuze și 28 de stații. Ori, consideră că acesta este un alt argument al falsei condiții de compatibilitate, deoarece nu se cumpără autobuze cu un anumit număr de stații compatibile cu acesta, ci se cumpără mai multe autobuze pe un proiect, iar stațiile se achiziționează mai multe pe alt proiect. Dacă ar fi fost adevărată premisa „compatibilității” acest lucru nu ar fi fost posibil, ar fi solicitat ca fiecare autobuz să fie însoțit de un anumit tip de stații cu care să fie „compatibil”.

Cu privire la afirmațiile făcute de autoritatea contractantă „decalarea livrării” și „termenul de livrare al acestor două tipuri de produse ar fi este interdependent, livrarea unui tip de produse fiind condiționată de livrarea celui alt tip” consideră că acestea sunt simple afirmații, nedemonstrate care arată încă odată superficialitatea analizei obligațiilor legale, iar despre aceasta precizează:

- afirmația achizitorului cum că „termenul de livrare al acestor două tipuri de produse ar fi este interdependent, livrarea unui tip de produse fiind condiționată de livrarea celui alt tip”, în opinia sa este o simplă emanație, nu este demonstrată, ba mai mult chiar realitatea o contrazice. Dacă afirmația achizitorului ar fi adevărată, înseamnă că această problemă ar exista în toată țara, la toate autoritățile contractante, la toate achizițiile organizate. Susține că realitatea arată că nu este așa, că alte autorități contractante achiziționează separat - respectând drepturile ofertanților de a face o ofertă strict pe domeniul lor de activitate. De altfel, achizitorul se limitează doar la a afirma o presupusă interdependență dar nu face minimul efort de a o demonstra;

- după cum însuși achizitorul afirmă, contractele de finanțare a celor 3 proiecte sunt încheiate din 2019 și 2020, adică cu mai bine de 3 ani;

- dacă considera că riscurile sunt atât de mari de necorelare a livrărilor, sau de „pierdere a finanțării” în opinia sa autoritatea avea obligația să facă un minim efort și să facă achizițiile la timp, eliminând riscul neîncadrării în timp și totodată limitarea ofertanților de stații să poată emite oferta.

Contestatorul susține că, tot în punctul sau de vedere, achizitorul optează de a indica chipurile o serie de cerințe tehnice care ar avea ca obiect compatibilitatea: „Stațiile de încărcare vor fi conectate la sistemul inteligent de gestionare din punct de vedere energetic a autobuzelor electrice, a blocului de baterii și a stațiilor de încărcare - SIGBB; Autobuzele electrice vor fi echipate cu echipamentul electronic adecvat pentru fiecare tip de sistem de încărcare; Ofertantul declarat câștigător

va livra stațiile de încărcare împreună cu autobuzele electrice și va executa montarea, instalarea și punerea în funcțiune a acestora” despre care precizează:

- nici unul dintre așa zisele argumente prezentare nu demonstrează de ce nu ar putea fi oferite stațiile separat. Faptul că achizitorul are incapacitatea de a stabili și gestiona achiziția din două surse diferite, nu ar trebui să fie transferată în sarcina ofertantului;

- cele precizate mai sus, sunt cerințe generaliste, simple silogisme, pe care le îndeplinește orice stație;

- reiterează faptul că o cerință vag formulată de achizitor „stațiile de încărcare rapidă pentru autobuzele electrice vor avea minim următoarele specificații tehnice, vor fi compatibile 100% cu autobuzele furnizate” nu poate degreva achizitorul de responsabilitatea indicării unor cerințe clare, specifice, standardizate care să ofere posibilitatea liberului acces la licitație.

Cu privire la contra-argumentele prezentate în punctul de vedere al achizitorului (referitor la al treilea și al patrulea argument din contestație), contestatorul arată că autoritatea contractantă face referire la prevederile art. 141 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, conform căruia „Autoritatea contractantă are dreptul de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției”.

Invocarea dreptului achizitorului de a recurge la atribuirea pe loturi, în opinia sa nu constituie un contra-argument la solicitarea sa, ci din contră este un alt argument solid ce legitimează contestația sa. Legiuitorul a avut în vedere că dreptul achizitorului „de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică” să fie corelat cu obligația de a asigura liberul acces al ofertanților, de a respecta principiul tratamentului egal, principiul proporționalității. Consideră că în nici un caz dreptul achizitorului „de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică” nu poate fi privit ca un drept de a alege să nu lotizeze. De această dată, noțiunea de „drept” nu este echivalent cu opusul obligației, ci din contră, din prevederile art. 141 alin. (1) rezultă că acest drept trebuie folosit în scopul lotizării și nu a nelotizării.

De asemenea, arată că interpretarea dată de către achizitor cum că dreptul său de a lotiza sau nu, este mai presus decât obligația sa de a asigura liberul acces la procedură, sau de faptul că acesta consideră că acest drept ar anula dreptul ofertanților de a putea depune o ofertă competitivă, fără a respecta cerințe disproportionate față de obiectul licitației, fără a fi obligați să fie captivi într-o relație de asociere cu un producător de autobuze, îl face să creadă că achizitorul a înțeles total eronat sensul prevederilor legale.

Totodată solicită Consiliului să constate că jurisprudența invocată de achizitor în punctul său de vedere se referă la o decizie a CNSC dată

în anul 2015, în baza OUG nr. 34/2006 - legislație abrogată de peste 6 ani.

Pe cale de consecință, solicită Consiliului să admită prezenta contestație.

Prin adresa nr. 41117/14.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 61373/14.12.2022 autoritatea contractantă prezintă concluzii scrise față de concluziile scrise formulate de SC SRL.

Autoritatea contractantă precizează că în susținerea deciziei de a nu lotiza achiziția de autobuze electrice și stații de încărcare aferente, atașează un centralizator al tuturor achizițiilor ce prevăd același tip de produse, achiziții inițiate în ultimele 7 luni ale acestui an, prin publicarea procedurilor de atribuire în SEAP.

Astfel, arată că dintre cele 9 proceduri exemplificate, singura autoritate contractantă, și anume Municipiul Odorheiu Secuiesc, a decis lotizarea achiziției, ținând cont de faptul că achiziția celor două tipuri de produse sunt finanțate din 2 proiecte diferite dar și aici, solicită Consiliului să observe faptul că lotul 2, aferent unuia dintre proiecte prevede achiziția cumulată a autobuzelor electrice și a stațiilor de încărcare aferente.

Motivul lotizării nefiind altul decât finanțarea din 2 proiecte nerambursabile, consideră că finanțarea separată nu poate constitui obligația împărțirii pe loturi a unei achiziții de către o autoritate contractantă.

Pentru toate cele 9 proceduri de atribuire, atașează în anexă anunțurile de participare publicate în SEAP.

Astfel, contrar susținerilor lipsite de temei ale contestatorului, cum că, „Realitatea arată că nu este așa, că alte autorități contractante achiziționează separat - respectând drepturile ofertanților de a face o ofertă strict pe domeniul lor de activitate”, arată că toate autoritățile contractante care au inițiat achiziția de autobuze electrice și stațiile de încărcare aferente, indiferent de sursa de finanțare, au desfășurat și desfășoară procedura de atribuire într-un singur lot.

Mai mult, arată că procedura de atribuire a făcut deja obiectul a două achiziții inițiate de către autoritatea contractantă și anulate, ambele proceduri fiind supuse controlului ex-ante ANAP și în niciuna dintre ele, lotizarea nu a făcut obiectul observațiilor ANAP și nici obiectul contestațiilor depuse de către operatorii economici interesați.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază Consiliului neseriozitatea contestatorului cu privire la însușirea prevederilor caietului de sarcini, în al cărui conținut, respectiv cap. 1 Cadru general, autoritatea contractantă a precizat cele 3 proiecte și tipurile de produse ce fac obiectul achiziției pentru fiecare proiect în parte, menționări din care reiese în mod evident că autobuzele electrice și stațiile de încărcare

aferente acestora nu sunt prevăzute separat, astfel cum, eronat, susține contestatorul.

În continuare redă extras din caietul de sarcini cap. 1 Cadru general.

Având în vedere considerentele mai sus menționate, solicită respingerea contestației formulată de contestatorul SC SRL ca fiind netemeinică și nefondată, în baza art.26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 348/12.12.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 61230/14.12.2022 SA depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208642933/1 tranzacția nr. 1282953935/2124246820 din 08.12.2022 în valoare de 220.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 61512/15.12.2022 SC SRL a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208652391/1 tranzacția 1284286925/ 2126369118 din data de 12.12.2022 în valoare de 220.000,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare de autobuze electrice și stații de încărcare aferente” cod CPV 34144910-0, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. CN1049899/27.11.2022. Conform secțiunii II.1.5 din respectivul anunț, valoarea estimată a achiziției este 48.212.254,78 lei, fără TVA iar criteriul de atribuire ales este „cel mai bun raport calitate preț”.

Având în vedere că, în cadrul procedurii respective, SC SRL a formulat contestația cu nr. 88/07.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 59972/08.12.2022, iar SC SA a formulat contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 60994/13.12.2022, respectivele contestații, care fac obiectul dosarelor nr. 3028/2022 și nr. 3027/2022, au fost conexe, conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru a se pronunța o soluție unitară.

Procedând la analiza contestațiilor în cauză, formulate de contestatorii SC SRL și SC SA, Consiliul reține că aceștia sunt nemulțumiți de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire, motiv pentru care Consiliul va soluționa respectivele contestații analizând criticile formulate în acest sens, luând în considerare prevederile legislației aplicabile.

Referitor la criticile formulate de SC SRL, Consiliul reține că, potrivit Secțiunii II.2.4) din anunțul de participare sus precizat, achiziția în discuție constă în „23 autobuze electrice (din care 10 autobuze electrice de capacitate mica și 13 autobuze electrice de capacitate

medie) și 28 de stații de încărcare autobuze electrice (din care 23 stații încărcare lentă, 2 stații de încărcare rapidă pentru autobuzele de capacitate mică și 3 stații de încărcare rapidă pentru autobuzele de capacitate medie)” și reprezintă obiectul unui singur contract pe care autoritatea contractantă intenționează să îl atribuie.

Conform prevederilor art. 141 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă **are dreptul** de a recurge la atribuirea pe loturi a contractelor de achiziție publică și a acordurilor-cadru și, în acest caz, de a stabili dimensiunea și obiectul loturilor, cu condiția includerii acestor informații în documentele achiziției.

(...)

(3) În situația în care autoritatea contractantă nu recurge la atribuirea contractului pe loturi, aceasta are obligația de a justifica decizia de a nu atribui contractul pe loturi.”

Potrivit prevederilor considerentului 78 paragraful 2 din Directiva 2014/24/EU, „În cazul în care **autoritatea contractantă hotărăște că nu ar fi oportun să împartă contractul în loturi, raportul individual sau documentele achiziției ar trebui să conțină o prezentare a principalelor motive care să susțină** alegerea autorității contractante. **Astfel de motive ar putea fi, de exemplu, că autoritatea contractantă constată că o astfel de împărțire ar putea restrânge concurența sau ar risca să facă executarea contractului excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic sau costisitoare, sau că necesitatea de a coordona diferenții contractanți pentru loturi ar risca să submineze grav buna executare a contractului.”**

Potrivit prevederilor art. 9 alin. (3) lit. f) din HG nr. 395/2016, „(3) **Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile** din etapa de planificare/pregătire a achiziției **în legătură cu:**

(...)

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la [art. 69 alin. \(2\)-\(5\) din Lege](#) și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, **decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi**, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați;”

Consiliul reține că, în cadrul lit. f) din Strategia de contractare (vol. 2/2 al dosarului cauzei), au fost precizate, de către autoritatea contractantă, următoarele: „(...) facem precizarea **că decizia de a nu atribui contractul pe loturi se bazează pe următoarele considerente:**

- Autobuzele electrice și stațiile de încărcare lente și rapide trebuie să **fie compatibile în totalitate** pentru asigurarea operării eficiente a programului de transport pe traseele pe care vor opera autobuzele.

-Utilizarea autobuzelor electrice este condiționată de funcționarea stațiilor de încărcare. În cazul alegerii atribuirii

pe loturi, există riscul ca atribuirea contractelor de furnizare să fie decalate, punând astfel în pericol livrarea stațiilor de încărcare necesare, respectiv atingerea indicatorilor de proiect.

Totodată, Autoritatea Contractantă nu restricționează accesul operatorilor economici la procedura de achiziție, întrucât conform prevederilor art. 53 din Legea 98/2016, este permis ofertanților să participe la procedura de atribuire în asociere.

Mai mult, **prin achiziționarea mijloacelor de transport și a stațiilor de încărcare în cadrul unui singur lot**, autoritatea contractanta se asigură că **autobuzele electrice vor putea fi operate în mod eficient**, respectând programul de circulație planificat și a **indicatorilor asumați prin proiectele prin care este finanțată această achiziție.**

În plus, Autoritatea Contractantă urmărește ca, pe parcursul exploatării și întreținerii parcului auto, **să aibă costuri cât mai reduse, pentru aceasta urmărind soluții cât mai unitare ale mijloacelor de transport pe care urmează să le achiziționeze.** Astfel, Autoritatea Contractanta urmărește ca autobuzele oferite să fie fabricate de același producător, sub aceeași marca. Pentru evitarea achiziționării de autobuze provenind de la producători diferiți, se impune ca achiziția să nu fie împărțită pe loturi.

Autoritatea Contractantă urmărește obținerea unor soluții tehnice compatibile între tipurile de autobuze, care să faciliteze interschimbabilitatea a cât mai multor piese, subansambluri, ansambluri și echipamente pentru ambele tipuri de autobuz (capacitate mică și capacitate medie) în vederea diminuării costurilor de exploatare și întreținere.

Astfel, **prin soluțiile tehnice solicitate în Caietul de sarcini și prin neîmpărțirea pe loturi a celor două tipuri de autobuze**, Autoritatea Contractantă **dorește să obțină avantaje de ordin economic și tehnice**, precum:

- costuri reduse de exploatare și de întreținere ca urmare a interschimbabilității unor componente între tipurile de autobuze,

- costuri reduse cu personalul de exploatare care va fi instruit și abilitat să opereze tipologii similare de tehnologii provenind de la același producător de autobuze - pentru ambele tipuri, nefiind necesare resurse separate pentru cele 2 tipologii de vehicule de la doi producători distincți,

- **asigurarea compatibilității încrucișate celor două modele de autobuz cu stațiile de încărcare rapide și lente”.**

Este evident că, în cazul de față, scopul vizat să fie atins de autoritatea contractantă nu constă în simpla achiziție a unor produse, care, în alte condiții, ar fi putut să fie atribuite și pe loturi, ci, conform caietului de sarcini, constă în modernizarea transportului public, respectiv dezvoltarea unui sistem de transport public ecologic, și

asigurarea satisfacerii cererii de transport public de călători pe raza Asocierii dintre Oraşului şi Comuna Mogoşoaia, în condiţii sporite de accesibilitate, atractivitate, confort si siguranţa, scop care poate fi atins prin achiziţia unor produse ecologice, necesare în acest sens, respectiv achiziţionarea de autobuze electrice noi cu acţionare complet electrică şi sisteme de încărcare pentru aceste autobuze electrice.

Consiliul reţine că, potrivit caietului de sarcini, „**Denumirea obiectivelor de investiţii:**

1. *Înnoirea transportului public în Oraşul, proiect cod SMIS 123019*

2. *Linie de transport public cu emisii zero pe ruta – Mogoşoaia, proiect cod SMIS 123020*

3. *Linie de transport public cu emisii zero pe ruta – Mogoşoaia – Băneasa, proiect cod SMIS 124200*

(...)

Asigurarea atingerii obiectivelor specifice identificate, prin componentele care vor fi implementate:

Costuri totale mai mici pe durata ciclului de viaţă al vehiculelor de transport public

Asigurarea satisfacerii cererii de transport în condiţii sporite de accesibilitate, atractivitate, confort şi siguranţă

Reducerea emisiilor GES la nivelul Oraşului într-o măsură mai mare decât în cazul scenariului alternativ analizat.”

Astfel, în context, autobuzele electrice şi sistemele de încărcare pentru aceste autobuze reprezintă părţi esenţiale, interdependente, ale aceluiaşi obiectiv general, descris în Strategia de contractare. În acest sens, livrarea staţiilor de încărcare împreună cu autobuzele electrice şi montarea, instalarea şi punerea în funcţiune a acestor staţii are un impact determinant în realizarea obiectivului în discuţie, care, împreună cu obiectivele specifice de investiţii sus precizate, sunt aferente unor proiecte finanţate din POR 3.2, proiecte prin care autoritatea contractantă şi-a asumat atingerea unor indicatori.

Or, prin Strategia de contractare, autoritatea contractantă a indicat clar, în sensul prevederilor considerentului 78 paragraful 2 din Directiva 2014/24/EU, principalele motive care susţin alegerea acesteia de a nu împărţi contractul în loturi, axate pe faptul că o astfel de împărţire ar risca să facă realizarea obiectivelor asumate excesiv de dificilă din punct de vedere tehnic şi costisitoare, întrucât necesitatea de a coordona diferiţii contractanţi pentru loturi ar fi de natură să submineze grav buna executare a contractelor aferente şi, implicit, atingerea indicatorilor de proiect, cu consecinţele de rigoare.

Consiliul reţine ca fiind relevante, în acest context, şi susţinerile autorităţii contractante din punctul de vedere transmis, şi anume „*Necesitatea achiziţiei de staţii de încărcare este dependentă de achiziţia autobuzelor electrice.*

Ținând cont de faptul că achiziția celor două tipuri de produse este posibilă ca urmare a sprijinului financiar nerambursabil, echipamentele ce fac obiectul procedurii de atribuire fiind prevăzute în proiectele cu finanțare nerambursabilă, **eligibilitatea cheltuielilor aferente stațiilor de încărcare depinde de autobuzele electrice pentru care acestea sunt achiziționate. În cazul în care Autoritatea Contractantă ar dispune împărțirea în 2 loturi a achiziției, respectiv achiziția de autobuze electrice distinct de cea a stațiilor de încărcare aferente și având în vedere istoricul acestei proceduri de atribuire, reluată pentru a 3-a oră, există riscul ca lotul ce vizează achiziția de autobuze electrice să nu fie atribuit, iar stațiile de încărcare să nu mai fie necesare.** Decontarea cheltuielilor ocazionate de achiziția acestora nefiind permisă de finanțator, dacă indicatorii de proiect nu au fost îndepliniți 100%, lipsind chiar echipamentele pentru care acestea sunt necesare.

În plus, **termenul de livrare al acestor două tipuri de produse este interdependent, livrarea unui tip de produse fiind condiționată de livrarea celuilalt tip**, astfel cum reiese din caietul de sarcini, cap. 3.2. Cerințe pentru stațiile de încărcare, coroborat cu prevederile art. 9 Termen de livrare, montaj, punere în funcțiune, testare și instruire personal, **livrarea stațiilor de încărcare se va face cel târziu o dată cu livrarea autobuzelor electrice, fiind echipamente absolut necesare pentru punerea în funcțiune și testarea autobuzelor electrice.**

Contrar susținerilor contestatoarei, și anume: Achizitorul cumpără 23 de autobuze electrice, ce nu au nici o legătură cu cele 28 de stații electrice de încărcare; - După cum se poate vedea din cadrul caietului de sarcini, nu există nici o condiționalitate tehnică care ar putea justifica achiziția stațiilor de încărcare în același contract cu autobuzele. (...);

Rugăm onoratul Consiliu să constate interdependența celor două tipuri de produse ce urmează a fi achiziționate, astfel cum reiese din documentația de atribuire publicată, astfel:

(...)

În caietul de sarcini, cap. 3.2. Cerințe pentru stațiile de încărcare, sunt precizate următoarele cerințe minime:

„Ofertantul declarat câștigător va livra stațiile de încărcare împreună cu autobuzele electrice și va executa montarea, instalarea și punerea în funcțiune a acestora.

(...)

Autobuzele electrice vor fi echipate cu echipamentul electronic adecvat pentru fiecare tip de sistem de încărcare, care va controla complet procesul de încărcare și va regla următorii parametri:

- Tensiunea necesară pentru încărcare;

- Limitarea de curent (reglabilă) sau de tensiune, după caz;
- **Protecțiile necesare pentru siguranța bateriilor și a stațiilor de încărcare** etc.

(...)

- **Parametrii tehnici specifici stațiilor de încărcare** (curent, alternativ, pentru stații lente și continuu/alternativ pentru stațiile rapide, tensiune nominală, putere nominală pe fiecare ieșire, etc.) **vor fi stabiliți de către Furnizor, în funcție de tehnologiile utilizate, în vederea atingerii parametrilor impuși prin prezentul Caiet de Sarcini pentru sistemul autobuz electric - bloc de baterii - stație de încărcare.**

- **Stațiile de încărcare vor fi conectate la sistemul inteligent de gestionare din punct de vedere energetic a autobuzelor electrice, a blocului de baterii și a stațiilor de încărcare – SIGBB** prin intermediul sistemului local de comunicații, în vederea transmiterii informațiilor solicitate de către acest sistem;”

Vizavi de aceste susțineri ale autorității contractante și contrar criticilor contestatorului, Consiliul reține și cerințele exprese de la **pct. 3.3** din caietul de sarcini, care atestă această interdependență a produselor ce constituie obiectul achiziției, interdependență generată și de necesitatea promovării eficienței utilizării resurselor și încurajării dezvoltării și aplicării tehnologiilor curate și prietenoase cu mediul. Astfel, printre altele, autoritatea contractantă precizează în cadrul **pct. 3.3** anterior menționat următoarele: „Pentru acest sistem au fost definite următoarele cerințe:

- **Pentru asigurarea unei utilizări eficiente a blocului de baterii** acesta va fi controlat **de un sistem inteligent de management energetic**, atât în perioada de încărcare cât și în perioada de consum. **Acest sistem va fi integrat cu sistemul de management al stației de încărcare, ambele fiind conectate la un server central pe care va fi instalată și va rula o platforma software de gestionare a tuturor autobuzelor electrice**, a blocurilor de baterii ale acestora și a stațiilor de încărcare.

- **Sistemul va asigura interfațarea din punct de vedere energetic și informațional: a blocului de baterii, a sistemului de tracțiune, a sistemului de recuperare a energiei din frânarea recuperativă, a stațiilor de încărcare lentă și rapidă și a sistemelor de monitorizare inteligentă a autobuzelor electrice și a stațiilor de încărcare**, atât a celor imbarcate cât și a celor montate în autobază.”

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondate criticile formulate de SC SRL.

În ceea ce privește criticile formulate de SC SA, la punctul II.A. din contestația sa, Consiliul constată că acestea se axează în principal, ca argumentare, pe invocarea unor măsuri de remediere

dispuse de ANAP prin avize emise la alte două proceduri de atribuire, anulate anterior, organizate de aceeași autoritate contractantă, proceduri care au avut același obiect ca și prezenta procedură.

Consiliul nu poate reține această argumentare în condițiile în care procesul de control ex ante (*cu caracter preventiv, conform OUG nr. 98/2017*), și, pe cale de consecință, **avizele ANAP, comunicate în timpul inițierii și derulării unei proceduri de atribuire**, în urma unui proces de control ex ante, **sunt limitate la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale acestei instituții și produc efecte strict referitor la respectiva procedură, pentru care aceste avize au fost emise**, în condițiile OUG nr. 98/2017, fapt care ar fi fost remarcat la o analiză atentă a respectivului act normativ.

Or, în cazul de față, prezenta procedură de atribuire este o procedură inițiată distinct, nefiind vorba de reluarea derulării unei proceduri de atribuire anterioare, dintr-un punct în care aceasta ar fi fost suspendată în condițiile legii.

Totodată, prezenta procedură de atribuire nu a fost selectată pentru realizarea controlului ex ante ANAP, având în vedere informațiile publicate în SEAP vizavi de anunțul de participare aferent, în condițiile în care, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1¹) din Anexa nr. 1 din HG nr. 419/2018, **„Metodologia de selecție are la bază evaluarea riscului asociat procedurilor de atribuire a contractelor și, pe baza rezultatului obținut prin aplicarea unor filtre, criterii și indicatori de risc, se realizează includerea acestora în programul de verificare.”**.

Consiliul nu poate reține nici invocarea prevederilor c.pr.civ., de către contestator, în condițiile în care, potrivit art. 231 din Legea nr. 98/2016, **„În măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun.”**

Rațiunea prevederilor art. 231 în discuție a fost aceea de a stabili aplicarea cu prioritate a prevederilor unei Lex specialis, care în speță de față este reprezentată de Legea nr. 98/2016, care prevalează dispozițiilor dreptului comun, în condițiile articolului respectiv.

Or, OUG nr. 98/2017 a fost emisă tocmai în vederea reglementării controlului ex ante inclusiv al proceselor de atribuire a contractelor de achiziție publică reglementate de Legea nr. 98/2016 (*Lex specialis în materie*) și conține prevederi exprese cu privire la avizele ANAP și la limitele de competență ale acestora, strict raportate la fiecare procedură selectată, pentru care aceste avize au fost emise.

Cu privire la criticile contestatorului privind ponderile factorilor de evaluare selectate de autoritatea contractantă în cadrul prezentei documentații de atribuire, Consiliul reține că aceste critici sunt în fapt simple afirmații sau presupuneri, fără a indica, preciza sau argumenta un fundament probatoriu real, criticile respective fiind axate pe teze cum ar fi *„13. Ponderile atribuite celor doi factori de evaluare nu reflectă, însă,*

importanța reală a caracteristicii tehnice considerate a reprezenta un avantaj calitativ, nefiind apte să determine oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, și conduc la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire.” sau citate cu caracter general din avize ANAP emise și valabile pentru procedurile anterioare invocate în prezenta contestație, respectiv „16. Potrivit punctului 2) al acestui aviz: «În fapt: Secțiunea II.2.5 - modul de alocare/distribuție a ponderilor pentru factorii de evaluare în cadrul criteriului de atribuire, poate conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică»”.

Consiliul reține că toate așa zisele argumente, cum sunt cele citate anterior, nu sunt susținute de către contestator, cu dovezi concrete, fiind invocate în schimb simple alegații vizavi de ponderile stabilite în prezenta documentație de atribuire, cum ar fi: „29. În acest context, majorarea valorii ponderii factorului de evaluare tehnic până la valoarea de 50% - în contradicție cu avizele condiționate ANAP și cu prevederile legale amintite - **reprezintă o conduită nelegală a autorității contractante**, care încalcă principiul tratamentului egal, al nediscriminării și al liberei concurențe.

30. Un element suplimentar în sprijinul acestor afirmații este reprezentat și de modul de stabilire a cerinței privind buletinele de măsurători ce trebuie prezentate de către ofertanți pentru a dovedi valoarea consumului de energie electrică.

31. Potrivit cerinței de la pagina 10 a caietului de sarcini:

- Ofertantul va prezenta un buletin de măsurători din care să reiasă consumul specific pentru ciclul de deplasare SORT2 („Standardised On-Road Test cycles” - ciclul 2, mixed/easy urban) **emis de un laborator acreditat în acest sens**, conform documentului UITP „E-Sort Electric Addendum” (a se vedea <http://www.uitp.org/news/E-SORT-addendum>)

32. În forma anterioară, aferentă Procedurii 1 și Procedurii 2, buletinul de măsurători trebuia să fie eliberat de un laborator acreditat din Uniunea Europeană.

33. Conform Raportului procedurii - pagina 8 -, **unul dintre motivele de neconformitate a ofertei Anadolu este reprezentat de faptul că buletinele de măsurători prezentate nu provin de la un laborator situat pe teritoriul Uniunii Europene, ci de la un laborator din Turcia.**

34. **Astfel, în contextul celei mai recente forme a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a înlăturat practic acest motiv de neconformitate a ofertei respective, stabilind că ar fi necesar un buletin de măsurători emis de la orice laborator acreditat, inclusiv din afara Uniunii Europene.”**

Cu toate acestea, contestatorul, în invocarea acestor alegații, care vizează inclusiv cerința privind prezentarea unui „buletin de măsurători

din care să reiasă consumul specific pentru ciclul de deplasare SORT2 („Standardised On-Road Test cycles” - ciclul 2, mixed/easy urban) **emis de un laborator acreditat în acest sens**, conform documentului UITP „E-Sort Electric Addendum” (a se vedea <http://www.uitp.org/news/E-SORT-addendum>), nu precizează/demonstrează ce prevedere expresă din cadrul Legii nr. 98/2016 a încălcat autoritatea contractantă prin reformularea acestei cerințe, în sensul de mai sus, care tocmai prin eliminarea sintagmei „acreditat în UE”, a permis tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire, fiind eliminate obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Astfel, contestatorul a omis, prin aceste alegații, inclusiv prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, respectiv „**operator economic** - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, **care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în:**

(i) un stat membru al Uniunii Europene;

(ii) un stat membru al Spațiului Economic European (SEE);

(iii) **țări terțe care au ratificat Acordul privind Achizițiile Publice al Organizației Mondiale a Comerțului (AAP), în măsura în care contractul de achiziție publică atribuit intră sub incidența anexelor 1, 2, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la acordul respectiv;**

(iv) **țări terțe care se află în proces de aderare la Uniunea Europeană;**

(v) **țări terțe care nu intră sub incidența pct. (iii), dar care sunt semnatare ale altor acorduri internaționale prin care Uniunea Europeană este obligată să acorde accesul liber la piața în domeniul achizițiilor publice;”.**

Or, în vederea înțelegerii circumstanțelor de aplicare a art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, a fost publicat în data de 29.04.2021, în Monitorul Oficial nr. 459, Partea I, Ordinul comun al Ministerului Economiei, Antreprenoriatului și Turismului și al Agenției Naționale pentru Achiziții publice cu nr. 300/549/2021 **pentru aprobarea listei țărilor care se încadrează în categoriile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. jj) pct. (iii)-(v) din Legea nr. 98/2016** privind achizițiile publice, [art. 3 alin. \(1\) lit. ii\) pct. \(iii\)-\(v\) din Legea nr. 99/2016](#) privind achizițiile sectoriale și [art. 5 alin. \(1\) lit. x\) pct. \(iii\)-\(v\) din Legea nr. 100/2016](#) privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Referitor la afirmațiile/presupuneri contestatorului, cu privire la ponderile factorilor de evaluare în discuție, cum sunt cele de la subpct. 20 (Pct. II.A. din contestație), respectiv „(...) în ipoteza în care ponderea

atribuită prețului ofertelor este mai mică sau egală decât cea a componentei tehnice, nu sunt respectate dispozițiile art. 32 alin. (1) și (9) din Anexa la HG nr. 395/2016 și nici prevederile art. 190 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.”, contestatorul iarăși omite anumite aspecte relevante în context.

Deși în cazul de față este vorba de atribuirea unui contract de furnizare, scopul vizat să fie atins de autoritatea contractantă nu constă în simpla achiziție a unor produse, ci, conform caietului de sarcini, constă în modernizarea transportului public, respectiv dezvoltarea unui sistem de transport public ecologic, și asigurarea satisfacerii cererii de transport public de călători pe raza Asocierii dintre Orașului și Comuna Mogoșoaia, în condiții sporite de accesibilitate, atractivitate, confort și siguranță, scop care poate fi atins prin achiziția unor produse ecologice, necesare în acest sens.

Potrivit Strategiei de contractare, **„1. Obiectivul general și obiectivele specifice ale proiectelor finanțate din POR 3.2**

1. Obiectivul general îl reprezintă dezvoltarea **unui sistem de transport public ecologic** care să determine **reducerea emisiilor de CO2 și îmbunătățirea accesibilității modurilor de transport prietenoase cu mediul**, prin investiții destinate îmbunătățirii transportului public, precum și cele două obiective specifice:

- **Reducerea emisiilor de CO2 de la nivelul arealului de studiu provenite din transportul public prin modernizarea sistemului de transport public local/zonal**, ca urmare a achiziției celor 23 autobuze electrice destinate transportului public de călători;

- **OBS2: Creșterea estimată a numărului de pasageri care utilizează transportul public de călători și încurajarea transportului modal către sistemele de transport public de călători.**

2. Obiectivele orizontale privitoare la **egalitatea de șanse și acces nediscriminatoriu al tuturor cetățenilor, la serviciile publice de transport pentru calatori**, prin implementarea unor măsuri de accesibilitate, accesibilizare, adaptare rezonabilă, circulație liberă etc, cum sunt cele privind utilizarea unor condiții tehnice de calitate superioară privind construcția și dotarea autobuzelor achiziționate care vor asigura transportul în comun, care să permită persoanelor cu mobilitate redusă să se bucure și să își exercite în condiții de egalitate cu ceilalți, toate drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Obiectivele orizontale sunt asumate de autoritatea contractanta în cadrul proiectelor de finanțare POR 3.2 și care constituie obiectul evaluării în etapa de finalizare și monitorizare a proiectului.”

Or, în aceste condiții, acordarea unei ponderi de 50% pentru factorul de evaluare de natură tehnică - **Consumul de energie electrică pentru tractive conform test SORT 2 (P2)** capătă relevanță în condițiile în care autoritatea contractantă, prin motivarea

aferentă din Strategia de contractare, în coroborare cu informațiile din anunțul de participare și cu prevederile caietului de sarcini (*în special cele din Cap. 4.2/4.2.1 și Cap. 16/P2. Componenta tehnică*), demonstrează concret că ponderea în discuție **reflectă în mod corect cel puțin importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social** ce poate fi punctat (prevederile art. 32 alin. (9) din HG nr. 395/2016, invocate de contestator, neimpunând, în vederea respectării alin. (9) în cauză, îndeplinirea cumulativă a cerințelor de la lit. a) și b) din cadrul respectivului alineat), fiind respectate în acest fel prevederile art. 189 alin. (1) și (2) și art. 190 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 precum și prevederile art. 32 alin. (1), (8) și (9) din Anexa la HG nr. 395/2016, invocate de contestator.

Astfel, potrivit motivării respective, „Justificarea factorului de evaluare - **Consumul de energie electrică pentru tracțiune conform testului eSORT 2** Consumul specific de energie electrică C_s (kWh/km), **este un indice de performanță definitoriu al autobuzului electric.**

Caracteristica motorului electric reprezintă diagrama ce arată performanțele atinse de autobuzul electric în condiții obișnuite de rulare. Se măsoară direct consumul orar de energie electrică (kWh) și se determină puterea efectivă P_e (kW). Pentru a putea caracteriza un vehicul cu referire la energia specifică consumată, se definește conform documentelor de referință cuprinse în IEC- 61133 „Railway applications. Rolling stock. Testing of rolling stock on completion of construction and before entry into service.”, ca fiind raportul ce caracterizează consumul specific de energie electrică al vehiculului. Acest raport exprimă concret consumul de energie electrică necesar pentru producerea unei unități de lucru mecanic. **Astfel dintre două vehicule, acela care are un consum de energie electrică mai mic, este superior celui alt printr-un randament superior.**

Rolul factorului la evaluare:

Prin introducerea acestui factor, **se vizează valoarea consumului minim specific** (mai apropiat de condițiile reale de exploatare), **valoare care cu cât este mai mică, arată că autobuzul electric este unul performant, ce funcționează cu un randament ridicat.**

Alocarea punctajului în funcție de importanța factorului

Factorul P2 - **Consumul de energie electrică pentru tracțiune conform testului eSORT2, fiind o caracteristică economică importantă, cu avantaje de natură financiară în exploatare, dar și un parametru important al calității tehnice a autobuzului electric** i se acorda ponderea de importanță 50% din totalul de 100 de puncte, rezultând punctajul factorului: 50 puncte.

(...)

Ponderea aleasă pentru acest factor de evaluare reflectă importanța consumului specific de energie electrică pentru operatorul de transport, care se manifestă prin reducerea costurilor de exploatare și economii importante de energie electrică pe toată durata de viață a autobuzului electric. Acest factor de evaluare prin ponderea sa exprimă avantajele unui consum cât mai redus de energie electrică și este verificat în mod obiectiv prin buletine de măsurători emise de laboratoare autorizate și nu poate influența procedura de achiziție.”

În aceste condiții, Consiliul subliniază că, în conformitate cu art. 12 alin. (1) c.p.c., „(1) **Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință**, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți” ori, în cazul de față, contestatorul nu a ținut cont de aceste prevederi în formularea contestației.

Așadar, Consiliul nu poate reține o astfel de argumentare din partea contestatorului, cum este cea prezentată anterior.

Consiliul subliniază faptul că, raportat la prevederile legale anterior precizate, contestația trebuie formulată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, printre care tocmai **motivarea, în fapt și în drept**, care servește la determinarea exactă a obiectului procedurii administrativ-jurisdicționale, având în vedere principiul disponibilității potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării, **precum și mijloacele de probă pe care se sprijină contestația**, care în cazul de față erau posibile, din motivele menționate anterior, altminteri soluționarea contestației ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații. Contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare „**in integrum**” a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții.

Astfel, nu este lipsit de relevanță faptul că, deși contestatorul a avut acces la documentația de atribuire postată în SEAP, aceasta nu a profitat de oportunitatea, în urma studierii acesteia, de a prezenta punctual, detaliat, critici cu privire la anumite aspecte din cadrul respectivei documentații, însoțite de mijloacele de probă relevante.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „**probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat**”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului

care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale. Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit să dovedească/probeze criticile referitoare la ponderile stabilite pentru factorii de evaluare, în cadrul prezentei documentații de atribuire, astfel încât să demonstreze caracterul nesustenabil ale acestora, lucru pe care contestatorul nu l-a făcut însă, în realitate.

Astfel, Consiliul va respinge ca nefondate criticile formulate de SC SA, la punctul II.A. din contestația sa.

În ceea ce privește criticile formulate de SC SA, la punctul II.B. din contestația sa, Consiliul va respinge ca nefondate și aceste critici.

Mai precis, prevederile art. 175 alin. (2) lit. a) prima teză din Legea nr. 98/2016, respectiv „a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, **inclusiv** o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru” nu reglementează, contrar susținerilor contestatorului, o interdicție de cumulare a elementelor menționate la litera respectivă.

Prevederile art. 175 alin. (2) lit. a) prima teză din Legea nr. 98/2016 transpun prevederile art. 58 alin. (3) teza a doua din Directiva 2014/24/EU privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, respectiv „(3) (...). În acest scop, autoritățile contractante pot solicita, în special, ca operatorii economici să aibă o cifră de afaceri anuală minimă, **inclusiv** o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul la care se referă contractul.(...)”.

Astfel, este evident că, în ceea ce privește situația economică și financiară, legiuitorul european a reglementat faptul că o autoritate contractantă poate solicita, în condițiile legii, în cadrul unei proceduri de atribuire, ca operatorii economici să aibă o cifră de afaceri anuală minimă **împreună cu/și cu** (a se vedea sensul cuvântului **inclusiv** – *adverb – conform DEX'09, Dicționar de Neologisme, 1986 etc.*) o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul la care se referă contractul.

Astfel, la punctele 75 și 76 din Hotărârea pronunțată în cauza

C-927/19, CJUE (organul suprem de aplicare a legii în Uniunea

Europeană) a reținut că: „75. **După cum reiese din articolul 58 alineatul (3) din Directiva 2014/24**, autoritățile contractante pot solicita în special ca operatorii economici să aibă o cifră de afaceri anuală minimă, **inclusiv** o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul la care se referă contractul.

76. **Rezultă astfel din această dispoziție** că, atunci când definesc condițiile de natură să garanteze că operatorii economici au capacitatea economică și financiară necesară pentru executarea contractului, **autoritățile contractante pot decide să impună ca operatorii economici să fi realizat o cifră de afaceri anuală minimă globală sau o cifră de afaceri minimă dată în domeniul reglementat de contractul de achiziții publice în cauză ori să combine aceste două cerințe”.**

În ceea ce privește criticile formulate de SC SA, la punctul II.C. din contestația sa, Consiliul subliniază încă odată faptul că autobuzele electrice și sistemele de încărcare pentru aceste autobuze reprezintă părți esențiale, interdependente, ale aceluiași obiectiv general, descris în Strategia de contractare.

Prin criticile sale, contestatorul face o confuzie între o astfel de activitate, esențială în realizarea obiectivului de investiții asumat, și operațiunile de amplasare și de instalare aferente unui produs, operațiuni care sunt condiționate de existența acestui produs, fiind în legătură directă cu acesta, spre deosebire de stațiile de încărcare, care sunt produse de sine stătătoare, acestea nefiind condiționate, ca niște simple accesorii de instalare, de existența autobuzelor electrice (autoritatea contractantă solicitând prin caietul de sarcini, vizavi de acest aspect, doar compatibilitatea 100% a acestor stații cu autobuzele electrice) întrucât pot alimenta cu curent electric și alte tipuri de autovehicule.

Pe care de consecință, livrarea stațiilor de încărcare împreună cu autobuzele electrice și montarea, instalarea și punerea în funcțiune a acestor stații, conform cerințelor caietului de sarcini, nu poate fi considerată activitate secundară/accesorie în sensul prevederilor art. 5 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, așadar autoritatea contractantă este în drept să solicite experiență similară și pentru furnizarea de stații de încărcare.

Consiliul reține că afirmația contestatorului, respectiv „63.În cazul procedurilor anterioare, cerința de la pct. III.1.3.a) din Fișa de date a achiziției **impunea un minim de o stație de încărcare.**” este

formulată într-un mod subiectiv, de natură să abată atenția de la esența cerinței în discuție.

Mai precis, potrivit Subsecțiunii III.1.3) din anunțul de participare CN1035949/19.10.2021 (Procedura 1), document care prevalează, fiind reglementat de lege spre deosebire de Fișa de date, „Ofertantul va face dovada experienței similare, respectiv va face dovada că în ultimii 3 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor a furnizat produse similare (mijloace de transport public de persoane și stații de încărcare rapide și/sau lente) la nivelul a maxim 3 contracte, în valoare cumulată de minim 48.000.000,00 Lei fără TVA”, aceeași cerință regăsindu-se și la Subsecțiunea III.1.3.a) din Fișa de date, publicată în SEAP sub identificatorul [CN1035949/00002] FisaDate_DF1127845.pdf, anexă la anunțul în discuție.

Totodată, potrivit Subsecțiunii III.1.3) din anunțul de participare CN1039948/03.03.2022 (Procedura 2), document care prevalează, fiind reglementat de lege spre deosebire de Fișa de date, „Ofertantul va face dovada experienței similare, respectiv va face dovada că în ultimii 3 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor a furnizat produse similare (mijloace de transport public de persoane și stații de încărcare rapide și/sau lente) la nivelul a maxim 3 contracte, în valoare cumulată de minim 48.000.000,00 Lei fără TVA.”, aceeași cerință regăsindu-se și la Subsecțiunea III.1.3.a) din Fișa de date, publicată în SEAP sub identificatorul [CN1039948/00009] FisaDate_DF1139385.pdf, anexă la anunțul în discuție.

Astfel, se poate observa că autoritatea contractantă, în formularea cerințelor privind experiența similară, în cadrul celor două proceduri de atribuire anterioare, a respectat prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, și anume „(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă: (...) b) **va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.**

(3) Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât: a) valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței;” corelând aceste cerințe cu valorile estimate, aferente procedurilor în cauză.

Totodată, în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat, drept cerință privind experiența similară, „Ofertantul va face dovada experienței similare, respectiv va face dovada că în ultimii 3 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor **a furnizat pe teritoriul UE minim 23 de autobuze cu propulsie electrică destinate transportului public de persoane și minim 28 de stații de încărcare pentru autovehicule electrice la nivelul a maxim 3 contracte.**”

Astfel, dat fiind că obiectul achiziției de față îl reprezintă achiziția **a 23 autobuze electrice și a 28 de stații de încărcare autobuze electrice**, se poate observa că, în formularea cerinței privind experiența similară în discuție, autoritatea contractantă a respectat, raportat la necesitatea sa și nu raportat la capacitățile/posibilitățile unor operatori economici (care, de altfel, pot participa la procedură în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/ subcontractant propus/terț susținător) prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. b) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, și anume „(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă: (...) b) **va stabili plafonul valoric/cantitativ** și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

(3) **Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât:** (...) b) **cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiți indicatori.**”, corelând această cerință, a cărei formulare a fost justificată în Strategia de contractare (pag. 16 și 17) cu cantitatea de produse ce urmează să fie furnizată și cu rezultatele așteptate, prevăzute în caietul de sarcini, care descrie totodată complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

Astfel, Consiliul va respinge ca nefondate criticile formulate de SC SA, la punctul II.C. din contestația sa.

În ceea ce privește criticile formulate de SC SA, la punctul II.D. din contestația sa, Consiliul reține că, potrivit Caietului de sarcini, Cap. 4.4.1, „Caroseria va fi auto-portantă de tip cheson și va avea podeaua (planșeul) coborât/ă pe toată suprafața destinată pasagerilor în picioare (nu sunt permise trepte în dreptul ușilor, la urcarea în autobuz - pentru a nu îngreuna urcarea persoanelor cu mobilitate redusă) pentru autobuzele de dimensiuni mici (8-9 m), iar pentru autobuzele de dimensiuni medii (11,8-12,5 m) podeaua trebuie să fie total coborâtă, pe toată lungimea acestora, nefiind admise trepte pe toată suprafața podelei (planșeului);”

Conform **Regulamentului nr. 107 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU)**, precizat de autoritatea contractantă ca legislație aplicabilă în caietul de sarcini, **„2.14. „Planșeu sau platformă”: 2.14.1. „planșeu” înseamnă acea parte a caroseriei a cărei suprafață superioară susține pasagerii care călătoresc în picioare, picioarele pasagerilor care sunt așezați pe scaune, conducătorul auto și orice membru al personalului de bord și care poate susține suporturile scaunelor;”.**

Totodată, conform aceluiași Regulament, **„2.1.4. „Vehicul cu planșeu jos” înseamnă un vehicul din clasele I, II sau A în care cel**

puțin 35% din suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare (în secțiunea anterioară în cazul vehiculelor articulate sau pe platforma inferioară în cazul vehiculului etajat) **constituie o zonă fără trepte și are acces la cel puțin o ușă de serviciu.**"

Rezultă evident, din analiza celor două definiții, că interdicția existenței unor trepte există în cazul unui **vehicul cu planșeu jos**, și se raportează exclusiv la **suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare, respectiv la cel puțin 35% din această suprafață.**

Or, autoritatea contractantă, în cazul de față, a suprapus, în formularea cerinței criticate, cele două definiții din Regulamentul nr. 107 CEE-ONU.

Mai precis, **prin solicitarea ca podeaua să fie total coborâtă (planșeu jos - n.n.) pe toată lungimea autobuzelor medii**, autoritatea contractantă **a extins, în mod artificial, contrar respectivelor definiții, interdicția existenței unor trepte (reglementată strict pentru cel puțin 35% din suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare) pentru toată suprafața podelei (planșeului)**, incluzând astfel, în mod forțat, și acea parte a suprafeței superioare, precizată expres în definiția „**planșeului**”, care susține picioarele pasagerilor care sunt așezați pe scaune, care susține conducătorul auto și orice membru al personalului de bord și care poate susține suporturile scaunelor.

Or, în condițiile în care, pentru această parte a suprafeței superioare, anterior precizată, nu există reglementată expres, de către Regulamentul nr. 107 CEE-ONU, interdicția existenței unor trepte, este evident că cerința criticată, din Caietul de sarcini, referitoare la autobuzele de dimensiuni medii, este o cerință restrictivă, de natură să împiedice sau să denatureze concurența.

Astfel, în cadrul prezentei proceduri, poate fi destul de dificil, dacă nu chiar imposibil, din punct de vedere legal și, implicit, tehnic, pentru operatorii economici să ofereze (*în orice formă de participare la procedură*) autobuze medii cu planșeu jos (*podea coborâtă*) pe toată lungimea acestora, planșeu care să nu aibă deloc trepte, pe toată suprafața sa, nu doar pe suprafața disponibilă pentru pasagerii în picioare, respectiv pe cel puțin 35% din această suprafață, în condițiile în care Regulamentul nr. 107 CEE-ONU, conține prevederi, de exemplu în cadrul **Anexei 3 – Cerințe aplicabile tuturor vehiculelor**, legate de existența treptelor, dimensiunea și poziționarea acestora în vehicul.

Astfel, pe lângă faptul că cerința criticată, din Caietul de sarcini, referitoare la autobuzele de dimensiuni medii, excedează, prin formulare, cel puțin prevederile anterior citate, din Regulamentul nr. 107 CEE-ONU, această cerință este și în contradicție cu alte cerințe din Caietul de sarcini, care, paradoxal, fac referire tocmai la interdicția existenței unor trepte raportat strict la suprafața destinată pasagerilor în picioare sau indică existența treptelor la autobuzele cu capacitate medie.

Mai precis, potrivit Caietului de sarcini, pag. 6, „Autobuzele electrice vor fi de tip solo (nearticulate), **cu planșeu jos (podea coborâtă), fără a avea trepte pe suprafața destinată pasagerilor în picioare**, facilități pentru accesul nelimitat al persoanelor cu mobilitate redusă (rampa-kneeling), fără etaj, caroserie CE, destinate transportului urban de călători (...).

Totodată, conform caietului de sarcini, Cap. 4.4.2, pag. 19, „Planșeul (Podeaua) autobuzelor electrice va fi realizat/ă în varianta coborâtă. **Nu se admit trepte pe toată suprafața disponibilă pentru călătorii în picioare.**”

Mai mult, potrivit prevederilor caietului de sarcini, Cap. 4.4.1, pag. 16, „**Autobuz de capacitate medie - 13 buc: Dimensiuni interioare: (...)** - **Înălțimea treptelor interioare** - conform cu Regulamentul 36 ECE ONU;”

În aceste condiții, Consiliul va admite ca fiind fondate criticile formulate de SC SA, la punctul II.D. din contestația sa, în sensul reformulării cerinței „iar pentru autobuzele de dimensiuni medii (11,8-12,5 m) podeaua trebuie să fie total coborâtă, pe toată lungimea acestora, nefiind admise trepte pe toată suprafața podelei (planșeului)” astfel încât noua formulare să respecte cerințele din Regulamentul nr. 107 CEE-ONU sus citate și să fie corelată cu celelalte prevederi din Caietul de sarcini, care vizează aspectele în discuție, cum sunt cele anterior citate.

Consiliul subliniază că, în reformularea cerinței respective se impune o reverificare a documentației de atribuire, de către autoritatea contractantă, pentru a vedea dacă sunt necesare și alte modificări ale acesteia, în corelare cu criticile reținute de Consiliu, conform tuturor considerentelor de mai sus, precum și cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor art. 55 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la jurisprudența națională invocată de către contestatori și autoritatea contractantă, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut

faptul că „*Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost învestite*”.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Totodată, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu privire la punctul II.D din aceasta, și va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate criticile de la punctele II.A, II.B și II.C din contestația formulată de SC SA.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Admite în parte contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu privire la punctul II.D din aceasta, și obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile de la punctele II.A, II.B și II.C din contestația formulată de SC SA.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 45 (patruzecișicinci) pagini.