

Către

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, cu sediul în București, str. Stavropoleos nr. 6, sector 3

Stimați Domni,

în contradictoriu cu

Municipiul București ("Autoritatea contractantă"), cu sediul în B-dul Regina Elisabeta nr. 47, București, Sector 5, email: directiaprocedurjachizitii@pmb.ro,

în temeiul dispozițiilor art. 8 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, coroborate cu cele ale art. 6 alin. (1) lit. a) și cu cele ale art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, și cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 6 din Legea nr. 101/2016,

formulăm prezenta

CONTESTAȚIE

privind documentația de atribuire a Contractului „Achiziție 400 autobuze urbane” publicată în SEAP prin anunțul de participare nr. 178152/18.08.2017 ("Procedura de achiziție"), prin care vă solicităm să dispuneți:

- 1. suspendarea Procedurii de Achiziție sau aplicării oricărei decizii luate de Autoritatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul dispozițiilor art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016;**
- 2. obligarea Autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a Contractului „Achiziție 400 autobuze urbane”, potrivit considerentelor expuse pe larg în cele ce urmează;**

3. **prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor, în temeiul dispozițiilor art. 163 din Legea nr. 99/2016;**
4. **obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.**

Pentru a dispune în acest sens solicităm Consiliului să aibă în vedere considerentele expuse în cele ce urmează.

I. Situația de fapt

În data de 18.08.2017, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 178152 la procedura de atribuire prin licitație deschisă online a Contractului având ca obiect achiziția a 400 de autobuze urbane.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, valoarea estimată a Contractului (fără TVA) este de **510.488.400,00 RON**.

Totodată, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Caietul de sarcini aferent acestei Proceduri de achiziție („**Caietul de sarcini**”), care prevede o serie de cerințe prin care se încalcă prevederile legislației achizițiilor publice.

Astfel, una dintre condițiile pe care operatorii economici participanți la Procedura de achiziție trebuie să le îndeplinească presupune ca toate cele 400 de autobuze să fie fabricate de către același producător, autobuzele fiind împărțite în 3 game, după cum urmează:

- i. 320 de autobuze din gama de 12 m,
- ii. 50 de autobuze din gama de 10 m și
- iii. 30 de autobuze articulate din gama de 18 m.

După cum vom arăta în cele ce urmează, Caietul de sarcini prevede anumite cerințe excesive, care îngrădesc competiția.

Precizăm că subscrisa este un grup de societăți recunoscut și apreciat la nivel internațional pe piața producătorilor de autobuze, cu o activitate îndelungată, ce se desfășoară încă din anul 1963, deținând calificările necesare participării la Procedura de achiziție în ceea ce privește cerințele privind aspectele financiare și tehnice.

Împotriva documentației de atribuire care încalcă legislația achizițiilor publice, [REDACTAT] a depus notificare prealabilă, răspunsul Autorității contractante fiind în sensul respingerii majorității solicitărilor noastre, fără însă a oferi o motivare corespunzătoare care să justifice respingerea.

II. Cerințe din Caietul de Sarcini care contravin legislației achizițiilor publice

II.1. Cerința privind caracteristicile dimensionale ale autobuzelor este excesivă și limitează concurența, impunându-se modificarea acesteia

II.1.2. Aspecte privind dimensiunile autobuzelor

În secțiunea 6.3 din Caietul de Sarcini - *Dimensiuni generale constructive ale autobuzului* sunt stabilite dimensiunile maxime admise pentru fiecare dintre cele trei tipuri de autobuze.

Pentru autobuzele din gama 10 m, lungimea totală admisă este de 10.700 mm, pentru autobuzele din gama 12 m, lungimea totală admisă este de 12.000 mm \pm 350 mm, iar pentru autobuzele din gama 18 m, lungimea totală admisă este de 18.000 mm \pm 400 mm.

Autobuzele urbane produse de către [REDACTAT] acoperă toate cele trei game solicitate prin Caietul de Sarcini, cu precizarea că, în ceea ce privește lungimea maximă admisă a autobuzelor din gama de 10 m, autobuzele [REDACTAT] au o lungime de **10.78 m**, spre deosebire de lungimea totală admisă prevăzută în Caietul de Sarcini, respectiv de **10.7 m**.

De asemenea, autobuzele [REDACTAT] au o lungime de **18.75 m**, spre deosebire de lungimea totală admisă, astfel cum este prevăzută de Caietul de sarcini, de **18,40 m**.

Așadar, principalul motiv care împiedică Asocierea să participe la Procedura de achiziție decurge din faptul că autobuzele [REDACTAT] din gama 10 m depășesc cu 8 cm lungimea maximă admisă pentru acest tip de autobuze și cu 35 cm lungimea maximă admisă pentru autobuzele din gama 18 m.

În plus, din cerințele documentației de atribuire rezultă că nevoia Autorității contractante vizează achiziționarea unor autobuze care să aibă capacitatea de transport a minimum 96 de călători, pentru autobuzele din gama de 12 m, minimum 70 de călători pentru autobuzele din gama de 10 m și minimum 135 de călători pentru autobuzele din gama de 18 m (Secțiunea 6.5.1 - *Capacitate transport călători din Caietul de sarcini*).

Or, Asocierea îndeplinește cerința producerii unor autobuze care să permită transportul a numărului de călători solicitat prin Caietul de sarcini, venind astfel în întâmpinarea nevoilor Autorității contractante.

În acest context, cumulul celor două cerințe, respectiv (i) ca autobuzele din gama de 10 m să aibă lungimea maximă admisă de 10,7 m și (ii) să aibă o capacitate minimă de transport a 70 de călători, apare ca fiind excesivă, îngrădind în mod artificial participarea mai multor operatori economici. Situația este similară în cazul autobuzelor din gama de 18 m, unde diferența dintre lungimea autobuzelor prevăzute de subscrisa și **cea din Caietul de sarcini este de 35 cm**.

Consecința clară este aceea a limitării concurenței, câtă vreme cerințele astfel impuse conduc în mod automat la un avantaj pentru **Autoritatea contractantă și nu justifică nevoia de a achiziționa autobuze din gama de 10 m de o lungime maximă admisă de 10,7 m**, ceea ce conduce la eliminarea din competiție a unui operator economic care produce autobuze cu o lungime de 10,78 m cu aceleași caracteristici ca cele de 10,7 m. Astfel cum am arătat anterior, lipsa de proporționalitate este evidențiată și în cazul autobuzelor din gama de 18 m, unde diferența dintre lungimea autobuzelor prevăzute de subscrisa și **cea din caietul de sarcini este de 35 cm**.

Întrucât **nu există justificări tehnice de natură să împiedice achiziția unor autobuze cu lungimea de 10,78 m, respectiv de 18,75 m** și considerăm că este oportun pentru Autoritatea contractantă și corect față de operatorii economici ca lungimea maximă a autobuzelor din gama de 10 m să poată fi extinsă până la cea de 10,78 m, iar cea din gama de 18 m la 18,75 m întrucât s-ar asigura o mai mare accesibilitate a operatorilor economici interesați să participe la Procedura de achiziție, respectându-se totodată promovarea concurenței între operatorii economici, precum și principiul tratamentului egal și al proporționalității.

În caz contrar, prin această cerință extrem de restrictivă și lipsită de orice justificare de natură tehnică sunt încălcate în mod flagrant principiile care guvernează achizițiile publice, în special principiul proporționalității, precum și dispozițiile obligatorii ale Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale ("Legea nr. 99/2016").

În ceea ce privește Legea nr. 99/2016, aplicabilă prezentei Proceduri de achiziție, art. 165 alin. (6) prevede că **"Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici"**. Prin urmare, documentația de atribuire nu trebuie sub nicio formă să conțină cerințe care ar introduce obstacole nejustificate în calea operatorilor economici, cum este acela cu care se confruntă Asocieria. În acest sens s-a pronunțat și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, într-o speță similară¹, în care a statuat că *în măsura în care capacitatea totală de transport a pasagerilor este respectată conform directivelor și normelor europene, impunerea unei lungimi minime este excesivă*.

Vă solicităm, prin urmare, să modificați cerințele din documentația de atribuire în sensul modificării lungimii autobuzelor din gama de 10 m de la 10,7 m lungimea maximă admisă, la 10,78 m, iar a lungimii autobuzelor din gama de 18 m la 18,75 m.

II.1.3. Încălcarea principiului proporționalității

Principiul proporționalității este consacrat la nivel național prin art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, care transpune Directiva 2014/24/UE și presupune corelarea dintre:

- (i) necesitățile autorității contractante;
- (ii) obiectul contractului de achiziție publică;
- (iii) cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității contractante.

La nivel jurisprudențial, principiul proporționalității fost definit în cauza *National Farmers' Union*, instanța europeană stabilind că acest principiu impune **ca măsurile adoptate de instituții să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite**, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, **trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite**.

¹ Decizia CNSC nr. 1592/C10/1315 din 27.06.2017

Pornind de la scopul reglementărilor în domeniul achizițiilor, respectiv **promovarea concurenței între operatorii economici**, autoritățile contractante, atunci când organizează proceduri de achiziție publică, sunt ținute de respectarea principiilor consacrate de legislația în acest domeniu.

În acest sens, este necesar ca autoritățile publice să asigure manifestarea unei concurențe reale, astfel încât orice operator economic să poată participa la procedura de achiziție publică și să aibă șansa de a deveni contractant.

Este binecunoscut faptul că procesul de achiziție publică începe cu stabilirea nevoilor de către autoritățile contractante. Astfel, are loc identificarea necesităților la nivelul autorităților contractante, în funcție de obiectivele generale de management, de programele și proiectele a căror implementare este stabilită de autoritatea contractantă.

Prin urmare, la stabilirea criteriilor de calificare și selecție, autoritatea contractantă este obligată să respecte principiul proporționalității. Respectarea acestui principiu presupune asigurarea corelației între necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică, precum și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

În aceste condiții, criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă nu trebuie să depășească ceea ce este necesar în vederea atingerii obiectivului urmărit prin achiziția publică.

În acest sens, autoritatea contractantă se va asigura că ofertantul are capacitatea de a duce eventualul contract la bun sfârșit, **dar nu va stabili condiții împovărătoare, excesive, care ar duce la eliminarea eventualilor ofertanți.** În caz contrar, se creează premisele restrângerii, împiedicării sau denaturării concurenței prin constituirea unor bariere artificiale la intrarea ofertanților pe piața licitațiilor.

În concluzie, principiul proporționalității obligă Autoritatea contractantă să țină cont, în elaborarea documentației de atribuire, de următoarele aspecte:

- criteriile de calificare nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, **trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare**, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Și cu privire la această solicitare, răspunsul Autorității contractante a fost unul evaziv, limitat la mențiunea că cerințele stabilite prin Caietul de sarcini nu sunt de natură a încălca principiul proporționalității.

Pe cale de consecință, astfel cum am arătat anterior, prin cerințele impuse în Caietul de sarcini se încalcă în mod evident principiul proporționalității, autobuzele subscrisei, deși se suprapun nevoilor Autorității contractante, neputând participa la procedură pentru motive formale, menite să îngreșească accesul la procedură în cazul mai multor participanți.

II.1.4 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 6.3.1, B din Caietul de Sarcini, referitoare la deschiderea liberă a ușilor pentru călători

În Caietul de sarcini, Secțiunea 6.3.1., punctul B, este prevăzută cerința ca deschiderea liberă a ușilor pentru călători să fie minimum 1200 mm.

Precizăm că deschiderea ușilor autobuzelor fabricate de [REDACTED] este de 1200 mm, respectând astfel cerința din Caietul de sarcini, însă facem precizarea că pe interiorul ușilor sunt montate bare pentru sprijinul pasagerilor la urcare și la coborâre, iar distanța aceste bare este de 1100 mm, după cum reiese din schița anexată (**Anexa nr. 3**).

Astfel, având în vedere că, deși deschiderea ușilor este de 1200 mm la autobuzele [REDACTED] există totuși riscul ca Autoritatea contractantă să ia în calcul distanța de 1100 mm dintre barele de sprijin, considerăm că se impune modificarea acestei cerințe, astfel încât aceasta să nu introducă obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective.

Așadar, se impune modificarea cerinței în sensul că deschiderea liberă a ușilor să fie de minimum 1200 mm (exclusiv barele/mânerile de acces), iar ulterior montării mânerelor/barelor de acces, de minimum 1100 mm (**între barele de acces**).

Precizăm că deschiderea liberă a ușilor în cazul autobuzelor [REDACTED] respectă pe deplin toate normele în materie, asigurând confortul necesar tuturor categoriilor de călători, inclusiv persoane cu dizabilități.

Cu privire la răspunsul Autorității contractante la acest capăt de cerere, din nou, nu ne este oferit un răspuns care să lămurească chestiunea disputată.

Astfel, răspunsul Autorității contractante "*Entitatea contractantă a ținut cont la elaborarea Caietului de sarcini de posibilitatea îmbarcării/debarcării călătorilor în stații în timp cât mai scurt și fără a întâmpina obstacole*" nu explică dacă distanța de 1200 mm va fi măsurată ca distanța dintre deschiderea ușilor, în care va fi inclusă și distanța dintre barele de acces, sau va fi luată în calcul doar distanța dintre bare.

Pornind de la răspunsul mai sus citat, se poate observa că barele de sprijin atașate pe interiorul ușilor de acces nu pot fi considerate obstacole, câtă vreme **rolul acestora este tocmai de a asigura îmbarcarea/debarcarea călătorilor**, venind în sprijinul acestora. **De altfel, toate autobuzele aflate în prezent în parcul auto al Municipiului București sunt prevăzute cu asemenea bare de sprijin, astfel că în mod evident ele nu vor fi considerate ca reprezentând obstacole, făcând parte din dotările esențiale ale autobuzelor.**

În sprijinul argumentelor noastre indicăm faptul că autobuzele [REDACTED] respectă întru totul dimensiunile prevăzute în Regulamentul nr. 107 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU) – Dispoziții uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M2 sau M3 în ceea ce privește construcția generală a acestora.

Fiind vorba despre un regulament, acesta, ca parte a dreptului Uniunii Europene, are aplicabilitate directă în dreptul intern, astfel încât Autoritatea contractantă este obligată să respecte aspectele reglementate de prezentul act normativ.

Cu toate că barele de sprijin nu pot fi considerate obstacole, așa cum am argumentat *supra*, pentru a nu deschide calea unor interpretări contradictorii, solicităm modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 6.3.1, B din Caietul de sarcini, referitoare la deschiderea liberă a ușilor pentru călători în sensul luării în considerare pentru respectarea acestei cerințe a doar a distanței de 1200 mm dintre deschiderea liberă a ușilor.

II.1.5 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 2 – Condițiile tehnice eliminatorii, pct. 25 din Caietul de sarcini, potrivit căreia ofertantul va prezenta

copiile legalizate, conform cu originalul, ale documentației de omologare a autobuzului

Obiectul procedurii de atribuire este reprezentat de furnizarea de autobuze noi pentru transportul urban de călători, ce urmează a fi construite cu respectarea unor limite restrictive pentru dimensiuni și caracteristici constructive solicitate de Municipiul București prin Caietul de Sarcini.

Așadar, autobuzele ce fac obiectul Contractului pot fi realizate la comandă, sunt disponibile ca vehicule de bază, urmând ca dotările specifice solicitate să fie adăugate la vehiculul de bază, furnizorul urmând a prezenta omologarea finală a tramvaiului odată cu producerea primului vehicul.

Potrivit normelor în materie, dosarul de omologare care se înaintează autorităților competente în vederea omologării vehiculului conține, printre altele, rapoarte de încercări ale acestuia. Or, un produs nu poate fi încercat decât după ce este construit.

În consecință, omologarea autobuzelor se poate face numai ulterior atribuirii Contractului, respectiv ulterior construirii acestora. Ca atare, se impune eliminarea cerințelor sus-citate, în caz contrar fiind încălcat principiul proporționalității.

II.1.6 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 2 – *Condițiile tehnice eliminatorii* pct. 25 din Caietul de sarcini, potrivit căreia autobuzele trebuie dotate cu un echipament de numărare a călătorilor (cu o precizie de minim 99%), inclusiv software aferent, cu transmiterea datelor on-line

Trebuie precizat faptul că cerința unei precizii de minim 99% nu respectă principiul proporționalității, astfel cum a fost definit la pct. II.1.2., descurajând totodată concurența reală întrucât:

- i. majoritatea producătorilor de produse IT oferă o precizie de minim 95%;
- ii. există autobuze cu o capacitate de sub 100 de pasageri, o eroare de o singură persoană conducând la imposibilitatea obiectivă de atingere a pragului stabilit de Caietul de sarcini. Cu titlu de exemplu, menționăm că o eroare de o singură persoană în cazul autobuzelor cu o capacitate de 70 de persoane (cele având o lungime de aproximativ 10 m) și a celor cu o capacitate de 96 de persoane (cele având o lungime de aproximativ 12 m) ar conduce la o precizie mai scăzută de 99%. **Altfel spus, cel puțin în cazul autobuzelor cu o lungime de aproximativ 10 m și 12 m, Autoritatea contractantă pretinde o precizie de 100%, excesivă în raport cu cerințele de piață și situația de fapt reală.**

Pe cale de consecință, apreciem că se impune modificarea cerinței de mai sus în sensul stabilirii unei precizii pentru echipamentul de numărare a călătorilor într-un procent rezonabil, ex. de cel puțin 95%, acesta fiind de altfel și procentul de precizie care este unanim acceptat în industria de profil.

Prin răspunsul Autorității contractante este invocat faptul că precizia de 99% este necesară având în vedere implicațiile în funcționarea de ansamblu a rețelei de transport a achizitorului, respectiv, (i) coroborarea rezultatelor numărării cu Sistemul Automat de Taxare și cu activitatea de control titluri de călătorie și (ii) necesitatea stabilirii cu acuratețe a gradului de încărcare, dimensionarea liniilor de transport public în ceea ce privește capacitatea de

transport, intervalul de circulație, numărul vehiculelor, fapt ce are implicații foarte mari în costurile de exploatare.

De asemenea, se menționează că "*sunt mulți furnizori de echipamente de numărare călători ce au produse certificate, omologate cu precizia de 99%*". O astfel de afirmație este lipsită de fundament, chiar mai mult, este contrară realității. [REDACTED] este unul dintre principalii producători de autobuze urbane din Europa, având o istorie îndelungă în ceea ce privește participarea la achiziții și furnizarea de autovehicule, fiind deci un cunoscător al acestei piețe. În calitate de profesionist, în mod evident cunoaștem atât legislația aplicabilă în materie, cât și practica aplicabilă în ceea ce privește gradul de precizie pe care trebuie să le îndeplinească sistemele de numărare călători.

Or, 99% este de departe o cerință abuzivă, care în mod cert restrânge competiția în mod nejustificat, deoarece și un grad de precizie de 95% ar putea în mod rezonabil să satisfacă necesitățile Autorității contractante.

II.1.7 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 6.5. (*Caracteristici masice*), în care se prevede repartiția sarcinilor pe cele două punți astfel: cca 40% axa față și cca 60 % axa spate.

O astfel de repartiție, **fără o justificare tehnică**, constituie încă o ingerință în dreptul la o concurență liberă și efectivă între operatorii economici, fiind o simplă apreciere subiectivă care, cu încălcarea principiului proporționalității, avantajează doar anumiți operatori economici.

De altfel, folosirea sintagmei "cca." poate conduce la aprecieri subiective din partea Autorității contractante.

Față de acest motiv, vă solicităm modificarea cerinței în care se prevede repartiția sarcinilor pe cele două punți astfel: 35% axa față și 65 % axa spate.

Respingem în mod categoric răspunsul Autorității contractante care se limitează la a afirma că aceste cerințe privind repartiția sarcinilor pe axele autobuzului, precizate în Caietul de sarcini, asigură funcționarea cu limita maximă admisă pe punte pe rețeaua de transport a Achizitorului. În acest sens, precizăm că autobuzele de 18 m sunt prevăzute cu 3 axe, iar procentele menționate în Caietul de sarcini, 40%, respectiv 60%, sunt aplicabile doar autobuzelor cu 2 axe (cum este cazul celor de 10 și 12 m). Este deci, practic, imposibil ca aceleași procente să fie solicitate și pentru autobuzele de 18 m, astfel încât singura soluție firească este de a modifica cerințele din caietul de sarcini în sensul acceptării unor procente de 35% axa față, respectiv 65% axa spate.

II.1.8 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 4 – *Descrierea generală constructivă a autobuzului din Caietul de sarcini*

În Caietul de sarcini, Secțiunea 4 – *Descrierea generală constructivă a autobuzului* este prevăzut, în ceea ce privește capacitatea de transport, că aceasta va fi calculată la 0,125 m²/călător în picioare, conform Regulament ONU R107. De asemenea, în Secțiunea 6.5.1. – *Capacitate transport călători* din Caietul de Sarcini sunt prevăzute cerințele privind numărul minim de călători, respectiv:

- Minim 96 călători pentru autobuzele din gama de 12 m;
- Minim 70 de călători pentru autobuzele din gama de 10 m;

- Minim 135 de călători pentru autobuzele din gama de 18 m.

Astfel, pornind de la raționamentul de calcul stabilit prin Regulamentul ONU R107, **ar trebui ca numărul minim de pasageri în picioare/mp să fie 8**, și nu 6,5, așa cum reiese din documentația de atribuire. Pentru a se conforma normelor europene în vigoare și pentru a nu crea un cadru restrictiv în ceea ce privește condițiile de calificare la Procedura de achiziție, și, mai ales, pentru a nu încălca principiul proporționalității, solicităm modificarea cerinței în sensul precizării numărului de 8 pasageri în picioare/mp.

II.1.9 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 3.2 – Condiții mecanice din Caietul de sarcini

Solicităm modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 3.2 – Condiții mecanice – din Caietul de sarcini, întrucât, în ceea ce privește șocurile și vibrațiile, nu poate fi cerută respectarea CEE ONU R 66, deoarece acesta nu se aplică autobuzelor din clasa M3. Mai multe, aceste norme europene nu reglementează aspectele ce țin de șocuri și vibrații.

Cu alte cuvinte, admiterea prezentei contestații la documentația de atribuire se impune și prin prisma faptului că, prin Caietul de sarcini, se impun anumite norme aplicabile altor situații și categorii de vehicule.

II.1.10 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 6.2 – Materiale din Caietul de sarcini

Secțiunea 6.2 – Materiale – din Caietul de sarcini se impune a fi modificată întrucât, sub acest aspect, nu există norme europene aplicabile în cazul autobuzelor din clasa M3, astfel încât cerințele prevăzute în această secțiune nu pot fi valide în lipsa unei reglementări exprese.

Totodată, cu privire la cerința ca pentru principalele materiale utilizate la amenajarea interioară a salonului de călători, a cabinei de conducere și a instalației electrice să se prezinte buletine de încercări emise de laboratoare autorizate UE sau laboratoare autorizate de către organisme acreditate de certificare din România, facem următoarea precizare:

În scopul conformării cu cerințele din Caietul de sarcini, Asocierea poate, în baza acordului Autorității contractante, să modifice materialele care sunt de regulă folosite la producerea autobuzelor, această modificare putând apărea după începerea procesului de producere a autobuzelor, deci după încheierea Contractului. Astfel, este lipsit de relevanță ca ofertantul să prezinte la acest moment certificările solicitate.

Prin urmare, se impune ca cerința din Secțiunea 6.2 a Caietului de sarcini să fie modificată în sensul că aceste certificări pot fi depusă după încheierea Contractului.

II.1.11 Se impune modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 7.5 – Suspensia din Caietul de sarcini

Considerăm că cerința prevăzută în Secțiunea 7.5 din Caietul de sarcini cu privire la axa mediană a autobuzelor din gama de 18 m, care trebuie să fie prevăzută cu două perne de aer și bare de reacțiune și două amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă trebuie modificată, **întrucât numărul de elemente astfel cum sunt enumerate în prezenta secțiune este 4, și nu 2.**

Fiind cel mai probabil o eroare de redactare, dar care ar putea avea efecte juridice importante pentru stabilirea ofertei câștigătoare și, de asemenea, care ar lăsa loc arbitrarului din partea Autorității contractante, se impune modificarea Secțiunii 7.5 din Caietul de sarcini, cu privire la axa mediană, care va avea următorul conținut: "Axa mediană (autobuze din gama 18 m) – cu **patru** perne de aer și bare de reacțiune și **patru** amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă".

III. Lotizarea reprezintă soluția corectă din punct de vedere juridic pentru a permite accesul neîngrădit al operatorilor economici la Procedura de achiziție

În măsura în care Autoritatea contractantă nu va adopta și aplica măsurile de remediere propuse prin prezenta notificare, subscrisa solicită, în subsidiar, adoptarea unei măsuri de remediere care să presupună **împărțirea pe loturi a celor trei tipuri de autobuze**, permițând astfel accesul egal al potențialilor ofertanți la Procedura de achiziție.

Având în vedere prevederile art. 2 din Legea nr. 99/2016, atribuirea oricărui contract de achiziție publică va fi guvernată de respectare principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității. În acest sens, art. 63 din legea nr. 99/2016 prevede că "**Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale sau elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței**". Există o restrângere artificială a concurenței, în înțelesul legii, atunci când achiziția sectorială sau elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Or, în măsura în care, așa cum am arătat în cele ce preced, autobuzele [REDACTAT] răspund nevoilor Autorității contractante, oferind bunuri și servicii de cea mai înaltă calitate și la prețuri extrem de avantajoase, este abuzivă cerința ca toate cele trei tipuri de autobuze să fie produse de către același producător, întrucât:

- (i) numărul ofertanților care ar putea participa la Procedura de achiziție ar fi semnificativ restrâns, cu consecința îngrădirii accesului majorității operatorilor economici la procedură;
- (ii) restricția este nejustificată și încalcă principiul proporționalității, deoarece simplele afirmații ale Autorității contractante nu fac dovada unei proceduri eficiente de achiziție, care să justifice restrângerea accesului altor operatori economici;
- (iii) Procedura de achiziție nu se desfășoară în condiții de competitivitate, astfel că alegerea ofertantului câștigător este lăsată la discreția Autorității contractante, care a elaborat documentația de atribuire astfel încât să nu poată să îndeplinească cerințele de calificare numeroși ofertanți de notorietate care își desfășoară activitatea în domeniul mijloacelor de transport în comun;

Nu în ultimul rând, în afara caracterului inechitabil al Procedurii de achiziție față de operatorii economici ale căror drepturi de a participa la licitație în condiții de competitivitate sunt încălcate, **este pus în pericol chiar interesul public.**

În respectarea interesului public, **eficientizarea cheltuielilor publice** reprezintă un obiectiv esențial. Acesta presupune obținerea celor mai bune rezultate în materie de achiziții publice (cel mai bun raport calitate preț).

Pentru a atinge acest obiectiv este important să se genereze o concurență cât mai puternică posibil pentru contractele publice atribuite pe piața internă. Ofertanții trebuie să aibă posibilitatea de a concura în condiții egale, iar denaturarea concurenței trebuie evitată.

Or, prin documentația de atribuire, astfel cum este redactată, se încalcă tocmai această concurență care ar trebui să stea la baza oricărei proceduri de achiziție publică. În măsura în care operatorii economici sunt obligați să prezinte ofertă pentru toate cele trei tipuri de autobuze, înseamnă că acei operatori care nu vor oferta pentru toate gamele de produse (autobuzele din gama de 12 m, autobuze din gama de 10 m, respectiv autobuze din gama de 18 m) vor fi excluși, prin respingerea lor ca inacceptabile și neconforme. Dacă Autoritatea contractantă nu ar da curs solicitării noastre și va păstra lotul unic, este restrânsă abuziv sfera de participare a operatorilor economici care ar putea furniza doar o parte din cele trei game de autobuze, iar o asemenea restrângere nu este justificată nici de natura, nici de complexitatea achiziției.

În plus, este și în interesul Autorității contractante să dispună împărțirea pe loturi, deoarece prin participarea a cât mai mulți operatori economici specializați, vor exista mai multe oferte și se vor crea astfel premisele pentru obținerea unor prețuri de achiziție mai reduse. Se respectă astfel atât principiul eficienței utilizării fondurilor publice, cât și cel al desfășurării procedurilor de achiziție publică în condiții de competitivitate.

Într-adevăr, legea nu obligă autoritățile contractante la lotizarea tuturor procedurilor de achiziție, însă indirect, în anumite situații, lotizarea se impune, ca singură posibilitate de a respecta cerințele legate de asigurarea unei proceduri competitive. Or, câtă vreme legea lasă la îndemâna autorității posibilitatea de a dispune achiziționarea în loturi a unor produse, este evident că în situația dată este posibilă lotizarea și mai mult decât atât, această măsură de remediere se impune.

IV. Motivarea deficitară a răspunsului Autorității contractante

Principiul motivării actelor administrative este un principiu consacrat la nivel european, Codul de European al Bunei Conduite Administrative statuând în art. 18 că *"1. Fiecare decizie adoptată de Instituție, care poate afecta în mod negativ drepturile sau interesele unei persoane particulare, va menționa temeiurile pe care se bazează, indicând în mod clar faptele relevantei baza legală a deciziei.*

2. Funcționarul va evita adoptarea de decizii bazate pe temeuri sumare sau vagi sau care nu conțin raționamente individuale."

În lipsa motivării explicite a actului administrativ, posibilitatea atacării în justiție a acestuia este iluzorie, de vreme ce judecătorul nu poate specula asupra motivelor care au determinat autoritatea administrativă să ia o anumită măsură, iar absența acestei motivări favorizează emiterea unor acte administrative abuzive.

Motivarea reprezintă o obligație generală, aplicabilă oricărui act administrativ, ea reprezintă o condiție de legalitate externă a actului, care face obiectul unei aprecieri *in concreto*, după natura acestuia și contextul adoptării sale, iar **obiectivul său este prezentarea într-un mod clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului.**

Motivarea urmărește o dublă finalitate: îndeplinește, în primul rând, o funcție de transparentă în profitul beneficiarilor actului, care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, iar în al doilea rând permite instanței să realizeze controlul său jurisdicțional.

Așadar, a **motiva o decizie implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea și aprecierea legalității sale**, iar importanța acestei exigențe depinde în mod considerabil de interesele pe care destinatarul actului ar putea să le aibă în primirea acestor explicații.

De altfel, și în jurisprudența comunitară s-a reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte de o manieră clară și neechivocă algoritmul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată, astfel încât să li se permită persoanelor vizate să stabilească motivarea măsurilor și, de asemenea, să permită curților comunitare competente să efectueze revizuirea actului (cauza C - 367/1995). Curtea Europeană de Justiție a decis totodată că amploarea și detalierea motivării depind de natura actului adoptat, iar cerințele pe care trebuie să le îndeplinească motivarea depind de circumstanțele fiecărui caz, o **motivare insuficientă, sau greșită, este considerată a fi echivalentă cu o lipsă a motivării actelor**. Mai mult decât atât, insuficiența motivării sau nemotivarea atrage nulitatea sau nevalabilitatea actelor comunitare (cauza C - 41/1969) și o detaliere a motivelor este necesară și atunci când instituția emitentă dispune de o largă putere de apreciere, căci **motivarea conferă actului transparență**, particularii putând verifica dacă actul este corect fundamentat și, în același timp, permite exercitarea de către curte a controlului jurisdicțional (cauza C - 509/1993).

Or, așa cum reiese din răspunsul Autorității contractante la notificarea [REDACTED], motivarea oferită este deficitară, de cele mai multe ori fiind doar reluate pasaje din Caietul de sarcini sau din texte legale, fără a acorda posibilitatea subscrierii de a înțelege raționamentul la care a stat la baza adoptării deciziilor de respingere.

V. Se impune suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației

Potrivit dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016, **„în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației”**.

Art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că **„Consiliul soluționează cererea de suspendare luând în considerare consecințele acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese care ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public”**.

Potrivit jurisprudenței conturate în această materie, noțiunile de „caz bine justificat” și „pagubă iminentă” sunt cele definite de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004: **„deși ordonanța nu oferă o definiție a noțiunilor de caz temeinic justificat sau pagubă iminentă, acestea nu se pot îndepărta de semnificația dată de legiuitor prin Legea nr. 554/2004 în materia contenciosului administrativ, ca drept comun al situațiilor litigioase (...). Ca principiu, cazul bine justificat implică existența unor împrejurări legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului, în timp ce paguba iminentă presupune un prejudiciu material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”²**.

² A se vedea, în acest sens, Decizia civilă nr. 1206/18.03.2013 a Curții de Apel București, publicată în Dumitru-Daniel Șerban, *Jurisprudență în materia achizițiilor publice. Volumul IV*, Editura Hamangiu 2014, pag. 260.

În speța de față sunt îndeplinite ambele condiții necesare a fi îndeplinite în vederea suspendării procedurii de atribuire sau a aplicării oricărei decizii până la soluționarea contestației, respectiv (i) ne aflăm în prezența unui caz bine justificat și (ii) suspendarea se impune pentru prevenirea unei pagube iminente.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004, „cazuri bine justificate – împrejurările legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ”.

În acest sens, în doctrină s-a reținut că „existența unui caz bine justificat poate fi reținută, așadar, dacă din împrejurările cauzei rezultă o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate”³.

Or, în cazul analizat, **îndoiala puternică** asupra legalității procedurii rezultă în mod univoc din cuprinsul argumentelor expuse pe fondul contestației, pentru care nu le vom mai relua și în cuprinsul acestei secțiuni. De altfel, cu privire la condiția cazului bine justificat, menționăm că, atunci când analizează suspendarea, judecătorul nu trebuie să intre pe fond, ci numai să pipăie criticile de nelegalitate, acestea având capacitatea să producă o îndoială serioasă asupra prezumției de legalitate de care se bucură procedura de atribuire.

În acest sens, în jurisprudență s-a reținut că „existența cazului justificat poate fi reținută dacă din împrejurările cauzei, fără o cercetare aprofundată pe fond, ar rezulta o îndoială puternică și evidentă asupra prezumției de legalitate, care constituie unul dintre fundamentele caracterului executoriu al actului administrativ. (...) O asemenea îndoială s-ar fi putut contura în măsura în care autoritatea contractantă ar fi solicitat ca participanții să dețină mijloace tehnice și de personal care nu au nicio legătură cu activitatea pe care ar urma să o desfășoare, **dacă s-ar fi evidențiat încălcări flagrante, tendențioase și de neînlăturat ale legislației incidente în asemenea proceduri**”⁴.

Totodată, este foarte important de subliniat că în speță este vorba despre o contestație ce are ca obiect conținutul documentației de atribuire. Ca atare, cazul bine justificat este dat de (i) stadiul în care se găsește procedura – perioada pregătirii ofertelor de către potențialii participanți la procedură, de (ii) perioada scurtă rămasă până la termenul limită pentru primirea ofertelor – 21.09.2017, ora 16:00 (a se vedea Anunțul de participare publicat în SEAP, depus în Anexa nr. 4), precum și (iii) încălcările tendențioase și de neînlăturat ale legislației incidente în procedura de atribuire, care rezultă atât din modul în care a fost întocmită documentația de atribuire, din refuzul Autorității contractante de a remedia nelegalitățile semnalate, din adoptarea de către Autoritatea contractantă prin Răspunsul la notificarea prealabilă a unor măsuri de remediere nu doar insuficiente - raportat la argumentele aduse de [REDACTAT], dar chiar în contradicție cu propriile interese.

În ceea ce privește condiția privind prevenirea unei pagube iminente, paguba iminentă este definită la art. 2 alin. (1) lit. ș) din Legea nr. 554/2004 ca fiind „prejudiciul material viitor și previzibil sau, după caz, perturbarea previzibilă gravă a funcționării unei autorități publice sau a unui serviciu public”.

³ G. Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, Ediția a III-a, Universul Juridic, 2015, pag. 404.

⁴ A se vedea, în acest sens, Decizia nr. 2636/27.06.2014 a Curții de Apel Iași, publicată în Dumitru-Daniel Șerban, *Jurisprudență în materia achizițiilor publice. Volumul V*, Editura Hamangiu 2015, pag. 446-447.

Or, în cazul de față, în situația în care nu ar fi remediată documentația de atribuire și, în același timp, nu ar fi suspendată procedura de atribuire potrivit art. 22 din Legea nr. 101/2016, (i) procedura de atribuire ar fi derulată cu o vădită încălcare a dispozițiilor legale, așa cum am arătat pe larg *supra*, totodată, (ii) fără păstrarea șansei reale a [REDACTAT] de a putea participa cu o ofertă care să poată fi evaluată drept conformă și admisibilă la procedura de atribuire prin depunerea ofertei sale în termen legal. Astfel, așa cum arătam mai sus, termenul limită pentru primirea ofertelor prevăzut de Anunțul de participare este 21.09.2017, iar în situația în care Procedura de achiziție nu ar fi suspendată până la soluționarea pe fond a contestației, Autoritatea contractantă ar continua desfășurarea etapelor achiziției, respectiv depunerea ofertelor (care vor trebui întocmite prin raportare la cerințele actuale – atacate prin prezenta - ale documentației de atribuire), deschiderea ofertelor cu o ofertă care să îi asigure accesul egal la atribuirea Contractului, evaluarea lor și chiar atribuirea Contractului fără posibilitatea [REDACTAT] de a participa la Procedura de achiziție.

În plus, având în vedere cele expuse mai sus, în cazul în care nu ar fi suspendată Procedura de achiziție, ar fi afectate nu numai interesele Asocierii, dar și interesele celorlalți potențiali participanți la procedură, precum și cele ale beneficiarilor autobuzelor ce fac obiectul Contractului – prin urmare chiar interesul public. Astfel, restricțiile conținute în prezent de documentația de atribuire, care încalcă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 99/2016, au ca efect restrângerea concurenței, deci depunerea de oferte mai puține, fapt ce, pe de o parte, este de natură a lipsi în mod real cetățenii, viitori beneficiari ai autobuzelor, de posibilitatea de a beneficia (pe termen lung) de autobuze care sunt rezultatul celei mai bune oferte de pe piață, iar pe de altă parte, limitarea numărului de oferte este de natură a afecta eficiența utilizare a fondurilor publice, din moment ce, cu cât oferta este mai mică, cu atât prețul poate fi mai ridicat și invers.

De altfel, Curtea de Apel București, într-o decizie a sa, a argumentat pe larg **rațiunea pentru care se impune suspendarea procedurii de atribuire în situația formulării unei contestații cu privire la conținutul documentației de atribuire** (speță similară cu speța ce face obiectul prezentei contestații):

„Consiliul a reținut că, prin decizia sa anterioară din 22.11.2013, a dispus suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului contestației (...).

(...) A mai arătat că scopul suspendării procedurii de achiziție, în situația formulării unei contestații (în cazul în speță cu privire la conținutul documentației de atribuire), este de a nu permite autorității contractante continuarea procedurii de achiziție prin primirea și deschiderea ofertelor, dând, astfel, posibilitatea și operatorilor economici contestatori să depună ofertă în procedură. (...)

Orice demers al autorității contractante de a clarifica anumite aspecte ale documentației de atribuire (inclusiv în perioada de suspendare) nu poate fi calificat ca o încălcare a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanță, în condițiile în care clarificările sunt postate în SEAP, în condiții de transparență totală. (...)

În mod corect Consiliul a susținut că scopul suspendării unei proceduri de achiziție este acela de a împiedica desfășurarea etapelor achiziției, depunerea ofertelor, deschiderea acestora, evaluarea lor etc. și nu are nicio legătură cu răspunsul la solicitările de clarificare și la eventualele erate ce se impun a fi comunicate ori publicate”⁵.

⁵ A se vedea, în acest sens, Decizia civilă nr. 907/10.02.2014 a Curții de Apel București, publicată în Dumitru-Daniel Șerban, *Jurisprudență în materia achizițiilor publice. Volumul V*, Editura Hamangiu

Pe cale de consecință, se impune suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, fiind îndeplinite condițiile cerute de art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016.

VI. Se impune obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor

Potrivit dispozițiilor art. 163 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, „entitatea contractantă prelungeste perioada stabilită în invitația de participare la o procedură concurențială de ofertare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/ solicitărilor de participare în următoarele cazuri: (...) b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției”.

La art. 163 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 se prevede că „durata prelungirii perioadei stabilite potrivit alin. (1) este proporțională cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare sau a modificărilor aduse documentelor achiziției”.

Or, având în vedere faptul că (i) măsurile de remediere solicitate a fi adoptate de autoritatea contractantă în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire sunt de natură a modifica semnificativ documentele achiziției, precum și că (ii) (chiar și în eventualitatea suspendării procedurii la acest stadiu, după reluarea acesteia) perioada rămasă până la termenul limită pentru primirea ofertelor este extrem de scurtă, respectiv **21.09.2017, ora 16:00, în această perioadă fiind temporal imposibilă soluționarea prezentei contestații atât pe fond, cât și în faza controlului judiciar**, se impune obligarea Autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a perioadei stabilite pentru depunerea ofertelor, cu un termen rezonabil care să permită ofertanților să își adapteze oferta la modificările dispuse la documentația de atribuire.

Precizăm că un exemplar al prezentei contestații și a anexelor aferente a fost comunicat Autorității contractante în data de 11.09.2017, prin intermediul Poștei Române.