



schönherr

Către: **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor („CNSC”)**

Adresa București, Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, 030084

Email office@cnsr.ro

Fax +40213104642 / +40218900745

Spre știința: **Municipiul Sibiu**

Adresa Str. Brukenthal Samuel nr. 2, Sibiu, Romania

Email monica.dancu@sibiu.ro

Tel. +40 269208880

Fax +40 269208813

În atenția Dnei. Monica Dancu

Referitor la: Contestație documentație de atribuire având anunț de participare CN1021114

DOMNULE PREȘEDINTE,

Otokar Europe Filiala București SRL, cu sediul în Str. C.A. Rosetti, nr. 17, birou 009ResCo-work08, sector 2, București, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr. J40/2887/2018, cod fiscal RO 38946570, reprezentată legal de către dl. **Sarp Cemal Alagöl**, (denumită în continuare „**Otokar România**”), în calitate de potențial ofertant, reprezentată convențional de Schoenherr și Asociații SCA, conform împuternicirii avocațiale atașate, cu sediu procesual ales în București, B-dul Dacia nr. 30, et. 7, Sector 1, la Schoenherr și Asociații SCA, fax 0213196791, tel. 0213196790, e-mail: i.armasu@schoenherr.eu,

cu referire la procedura de achiziție publică „*Achiziția de mijloace de transport public CNG și sisteme conexe*”, număr anunț de participare CN1021114 din data de 15.05.2020 („**Procedura**”), organizată în baza Legii 98/2016 de Municipiul București, în calitate de autoritate contractantă („**Autoritatea contractantă**” sau „**Municipiul Sibiu**”),

în temeiul art. 8 și urm. din Legea 101/2016 *privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de*

concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („Legea 101/2016”), astfel cum aceasta a fost modificată,

formulăm prezenta

CONTESTAȚIE,

privind documentația de atribuire aferentă Procedurii, prin care vă solicităm să dispuneți:

- 1. obligarea Autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a Procedurii;**
- 2. 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. 153 din Legea nr. 98/2016;**
- 3. suspendarea Procedurii sau aplicării oricărei decizii luate de Autoritatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016;**

pentru următoarele:

MOTIVE

Cu titlu prealabil, precizăm că Documentația de atribuire aferentă Procedurii a fost supusă Avizului conform condiționat al ANAP, în sensul necesității remedierii mai multor aspecte, atât tehnice, cât și contractuale. Deși aspectele sesizate par a fi remediate în actuala formă a Documentației de atribuire, apreciem că există și o serie de alte prevederi care se impun a fi modificate pentru a fi în acord cu legislația și principiile ce guvernează achizițiile publice.

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

I.1. Cerința prevăzută în Secțiunea 1 – Generalități (pag. 8) și Secțiunea 5 – Documentație (pag. 13) din Caietul de sarcini, cu privire la depunerea de ofertant a documentației de omologare a autobuzului

Potrivit Caietului de sarcini, în secțiunea 1 – Generalități (pag. 8), „Ofertantul va prezenta copiile documentației de omologare a autobuzelor, din care să rezulte că: (i) autovehiculele oferite sunt omologate cu certificat de omologare națională de tip pentru autovehicule fabricate în serii mici emis de RAR, **sau** (ii) autovehiculele oferite au certificat de omologare de tip CE emis de autoritățile competente în unul din statele membre ale UE. Dacă autobuzele sunt omologate de autoritățile competente din UE, înregistrarea națională de tip la Registrul Auto Roman (RAR) se va efectua de către ofertantul declarat castigator, în termen de maxim 60 de zile de la data semnării contractului, pe cheltuiala și răspunderea sa.”

Potrivit Caietului de sarcini, în secțiunea 5 – *Documentație* (pag. 13), „*Documentatia de oferta va confina obligatoriu si urmatoarele documente: copiile documentatiei de omologare a autobuzelor ofertate, din care sa rezulte ca acestea sunt omologate cu certificate de omologare emise de catre RAR sau echivalent.*”

Având în vedere că prevederea anterior citată nu este suficient de clară încât să conducă la concluzia că la momentul depunerii ofertei este suficient să fie depuse, în cazul în care nu există omologare emisă de RAR, doar omologările de tip CE emise de autoritățile competente în unul din statele membre ale UE, așa cum prevede în mod expres secțiunea 1 – *Generalități*, este necesar ca Autoritatea contractantă să clarifice că, și în cadrul secțiunii 5 – *Documentație*, are în vedere că la momentul depunerii ofertei, ofertanții pot depune fie documentația RAR, fie **alte omologări obținute într-unul dintre statele UE**. Apreciem că o astfel de clarificare este necesară, pentru a asigura interpretarea unitară a cerințelor Caietului de sarcini, pentru a permite operatorilor interesați pregătirea unei oferte care să corespundă întocmai cerințelor din documentația de atribuire și mai ales pentru a evita o interpretare restrictivă a cerințelor din caietul de sarcini în sensul declarării neconforme a ofertanților care ar aduce omologări din UE, cu consecința restricționării artificiale a concurenței.

I.2. Cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.1. - *Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 12 m, cu privire la înălțimea totală a autobuzelor și deschiderea liberă a ușilor pentru călători*

Potrivit Caietului de sarcini, pentru autobuzele de 12 m, înălțimea totală trebuie să fie de maximum 3.400 mm, iar deschiderea liberă a ușilor trebuie să fie de minimum 1.200 mm.

➤ **În ceea ce privește înălțimea totală**, arătăm că, potrivit legislației relevante în domeniu (Regulamentul UE 1230/2012 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele de omologare de tip pentru masele și dimensiunile autovehiculelor și ale remorcilor acestora și de modificare a Directivei 2007/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului), **înălțimea maxim admisă pentru autobuzele din categoria M2 și M3 este de 4,000 mm**. Or, limitând înălțimea maximă permisă de legislație la 3,400 mm (fără măcar a permite anumite toleranțe), concurența este în mod vădit restricționată.

Precizăm ca, în prezent, subscrisa deține omologări pentru autobuze cu înălțimea de 3,447 mm, autobuze fiabile care corespund tuturor exigențelor și nevoilor Autorității contractante. Limitarea la maxim 3.400 mm care exclude din procedură un participant de nivelul subscrisei, doar pentru simplul motiv că autobuzele pe care le produce au fost omologate pentru o înălțime cu doar 47 mm (!!!) mai mare decât înălțimea prevăzută în Caietul de sarcini. O astfel de limitare reprezintă o măsură excesivă, în contradicție cu principiile fundamentale care trebuie să guverneze procedurile de achiziții publice.

Prin urmare, **solicităm ca cerința privind înălțimea maximă admisă a autobuzelor de 12 m să permită o toleranță de +50 mm**, fiind, în mod evident, necesară o mai mare flexibilitate a cerințelor din documentația de atribuire, pentru a permite participarea la procedura a cât mai multor ofertanți, în caz contrar fiind în situația unei limitări a

concretenței care dezavantajează nu doar participanții, ci chiar Autoritatea contractantă, care va fi lipsită de posibilitatea de a alege dintr-o gamă cât mai largă de oferte, cu respectarea inclusiv a principiului eficienței utilizării fondurilor publice.

În măsura în care o astfel de solicitare nu va fi admisă, **solicităm în subsidiar obligarea Autorității contractante la acceptarea unor certificate de omologare care prevăd o înălțime a autobuzelor cu o toleranță de +/-3% față de valoarea stabilită în prezent în caietul de sarcini.** Astfel, avem în vedere că potrivit Regulamentului UE nr. 1230/2012 (de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele de omologare de tip pentru masele și dimensiunile autovehiculelor și ale remorcilor acestora și de modificare a Directivei 2007/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului), respectiv în **Apendicele 2 – Toleranțe admise pentru omologarea tip și conformitatea producției**, punctul 1.2, se prevede expres:

*„Dacă limitele specificate la punctul 1.1 din părțile A-D ale prezentei anexe (n.n. ce se refera inclusiv la înălțimea autobuzelor) nu sunt depășite, **dimensiunile reale pot fi diferite de cele specificate de către producător cu cel mult de 3 %.**”*

➤ **În ceea ce privește deschiderea liberă a ușilor**, Caietul de sarcini precizează că aceasta trebuie să fie de minimum 1.200 mm. Cu toate acestea, Regulamentul CEE-ONU R 107 (privind dispozițiile uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M2 sau M3 în ceea ce privește construcția generală a acestora) stabilește că **lățimea minimă a deschiderii libere a ușilor pentru călători poate fi de 1.100 mm.**

Este important ca Autoritatea contractantă să clarifice faptul că în deschiderea liberă a ușilor nu vor fi luate în calcul și barele de sprijin, pentru motivele expuse mai jos.

Pentru a nu deschide calea unor interpretări contradictorii, solicităm modificarea cerinței prevăzute în Cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.1. - *Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 12 m în sensul luării în considerare pentru respectarea acestei cerințe doar a distanței de 1.200 mm dintre deschiderea liberă a ușilor, iar nu dintre barele de sprijin.*

I.3. Cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.2. - Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 18 m, cu privire la înălțimea și lungimea totală a autobuzelor și deschiderea liberă a ușilor pentru călători

Potrivit Caietului de sarcini, pentru autobuzele de 18 m, înălțimea totală trebuie să fie de maximum 3.400 mm, lungimea totală a autobuzului trebuie să fie de 18.200 mm, iar deschiderea liberă a ușilor trebuie să fie de minimum 1.200 mm.

În ceea ce privește cerința privind înălțimea și deschiderea liberă a ușilor, considerăm că se impun aceleași modificări pentru argumentele deja prezentate în secțiunea I.2 de mai sus.

În ceea ce privește **lungimea totală a autobuzelor din gama de 18 m**, potrivit Caietului de sarcini, aceasta trebuie să fie de maximum 18.200 mm, în timp ce, conform **Regulamentul UE 1230/2012, lungimea totală permisă pentru autobuzele din**

gama de 18 m este de 18.750 mm.

Precizăm că autobuzele produse de către Otokar acoperă gama solicitată prin Caietul de sarcini, în sensul că Otokar deține omologări pentru dimensiunea de 18.200 mm, astfel cum aceasta este solicitată de Autoritatea contractantă. Arătăm însă că producerea unor autobuze de 18.750 mm, deci cu respectarea limitelor legale, permite o mai mare fiabilitate de construcție și de utilizare, cât și un grad de confort sporit călătorilor. Astfel, o dimensiune de 18.750 mm ar permite un număr mai mare de călători per autobuz.

Pentru aceste considerente, solicităm modificarea cerințelor de la Secțiunea 6.3.2. – privind dimensiunile autobuzelor din gama de 18m, după cum urmează:

- modificarea cerinței privind înălțimea maximă admisă a autobuzelor de 18 m, astfel cum e prevăzută în Caietul de Sarcini, în sensul să se permită o toleranță de +50 mm;
- în subsidiar, clarificarea cerințelor în sensul că sunt acceptate certificate de omologare pentru o înălțime a autobuzelor ce se încadrează în limitele de toleranță de 3% prevăzute în Regulament (CE) nr. 1230/2009;
- clarificarea faptului că pentru deschiderea ușilor, dimensiunea de 1.200 mm vizează deschiderea liberă a ușilor, iar nu distanța calculată dintre barele de sprijin.
- modificarea cerinței privind lungimea autobuzelor din gama de 18m, în sensul că se permite o lungime de 18.750 mm.

I.4. Secțiunea 7.1 – Motorul, cu privire la cerințele privind puterea nominală și cuplu motor pentru autobuzele din gama 18 m

Potrivit Caietului de Sarcini, pentru autobuzele din gama de 18 m, au fost stabilite următoarele caracteristici în care trebuie să se încadreze motorul, respectiv:

- Putere nominală: min. 240kW la max. 2.500 rpm;
- Cuplu motor: min. 1.300 Nm la max. 1.200 rpm.

Arătăm în primul rând că furnizorii de autobuze achiziționează motoarele de la furnizori specializați. Puterea minimă stabilită de Autoritatea contractantă de 240kW este restrictivă de concurență, întrucât doar unii furnizori de motoare asigură această putere minimă. Pentru autobuzele Otokar se folosesc motoare achiziționate de asemenea de la furnizori importanți din Europa, dar care asigură o putere de minimum 235kW, la maxim 2000rpm.

În același timp, motoarele autobuzelor Otokar au un cuplu motor mai mare, respectiv 1357Nm la maxim 1300-1400rpm.

Prin urmare, o cerință restrictivă din perspectiva furnizorilor de motoare se va traduce într-o limitare a concurenței în privința furnizorilor de autobuze, respectiv numai la cei care achiziționează motoare conform limitărilor de mai sus.

Or, autobuzele livrate de subscrisa asigură prin parametrii menționați de minimum 235kW la max. 2.000 rpm și 1357Nm la max. 1300-1400rpm o funcționare îmbunătățită a autobuzului, cu un cuplu motor mai mare la o turație mai mică a motorului, așadar cu un consum mai mic. Prin urmare, nu poate exista nicio justificare rezonabilă care să permită Autorității să limiteze astfel concurența.

În considerarea celor de mai sus, solicităm modificarea cerințelor privind principalele caracteristici ale motorului pentru autobuzele de 18 m, în sensul admiterii unor toleranțe care să permită echiparea autobuzelor cu motoare cu:

- Putere nominală: min. 235 kW la max. 2.000 rpm
- Cuplu motor: 1357Nm la max. 1300-1400rpm

I.5. Secțiunea 7.1.3. - Alimentarea rezervoarelor de gaz, cu privire la poziționarea valvei de alimentare pe partea stângă a autobuzului

Conform Caietului de Sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca valva de alimentare a autobuzelor să fie poziționată pe partea stângă a autobuzelor.

Precizăm că autobuzele Otokar au valvă amplasată atât pe partea stângă, cât și pe partea dreaptă, pentru a oferi o mai mare fiabilitate în utilizare.

În aceste condiții, pentru a nu restricționa artificial participarea la procedură a ofertanților care asigură o valvă pe partea stângă, dar au amplasată în plus o valvă și pe partea dreaptă a autobuzului, solicităm modificarea acestei cerințe, în sensul clarificării că sunt acceptate autobuzele ce prezintă valvă pe ambele părți.

Considerăm că o astfel de modificare este de natură a oferi o mai mare fiabilitate în utilizarea inclusiv autorității contractante, în cazul în care va avea în vedere modificarea poziționării punctelor de alimentare.

I.6. Secțiunea 7.4 - Instalația de aer comprimat, cu privire la dotarea rezervoarelor de aer comprimat cu purjare automată și manuală

Conform Caietului de Sarcini, se solicită, între altele, ca rezervoarele de aer comprimat să fie prevăzute cu purjare atât automată, cât și manuală.

Din punct de vedere tehnic, nu este posibilă echiparea rezervoarelor de aer comprimat atât sistem de purjare automată cât și cu un sistem de purjare manuală.

Prin urmare, cerința privind echiparea instalației de aer comprimat atât cu purjare automată, cât și cu purjare manuală, este excesivă, punând operatorii economici în imposibilitatea de a participa la Procedură, întrucât combinația unui sistem de purjare automat și manual nu este posibilă.

De aceea, pentru a se evita utilizarea de cerințe excesive, solicităm modificarea cerinței din Caietul de sarcini, în sensul de a se permite ofertanților **oricare** din cele două tipuri de

purjări. În cazul în care autoritatea contractantă va dori un singur tip de purjare, solicităm ca aceasta să fie purjarea automată, sistemul aferent fiind actual.

I.7. Secțiunea 7.5 – *Suspensia*, cu privire la cerințele de echipare a axei mediane, pentru autobuzele din gama de 18m

Prin Caietul de Sarcini s-au stabilit următoarele cerințe privind axele autobuzelor:

- Axa fata va fi echipata cu:
 - doua perne de aer si bare de reacțiune (stabilizatoare);
 - doua amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursa.
- Axa spate va fi echipata cu:
 - patru perne de aer si bare de reacțiune (stabilizatoare);
 - patru amortizoare hidraulice cu dublu efect cu limitator de cursa.
- Axa mediana (autobuze din gama 18 m):
 - doua perne de aer si bare de reacțiune (stabilizatoare);
 - doua amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursa.

Din punct de vedere tehnic, cele stabilite pentru axa amediană a autobuzelor din gama de 18m nu respectă standardele internaționale care prevăd cerințe de suspensii pentru axa mediană similare cu axa din spate.

Pare astfel că s-a strecurat o eroare de redactare în cerințele privind suspensia pentru axa mediană.

Pentru aceste considerente, solicităm modificarea cerinței din Caietul de Sarcini cu privire la axa mediană, după cum urmează:

- patru perne de aer si bare de reacțiune (stabilizatoare);
- patru amortizoare hidraulice cu dublu efect cu limitator de cursa.

(similar cu cerințele privind axa din spate).

I.8. Secțiunea 7.10 – *Caroseria*, cu privire la aplicarea în mod unitar și integral a operațiunilor anticorozive aplicate caroseriei si structurii autobuzelor

În ceea ce privește cerința privind modalitatea aplicării operațiunilor anticorozive, deși Caietul de Sarcini acceptă și procedura zincării la cald, alternativ cu procedeul de imersie în baie cataforetică, modalitatea în care este redactată cerința restrânge în mod excesiv concurența prin impunerea unei limitări nejustificate. Astfel, potrivit caietului de sarcini, *„Structura caroseriei va fi protejată corespunzător anticoroziv (la interior si la exterior) prin procedeul de imersie în baie cataforetică (KTL) sau zincare la cald, operațiuni anticorozive*

aplicate caroseriei și structurii autobuzelor în mod unitar și integral (interiorul și exteriorul profilului și ansamblurilor nedemontabile) și care să nu comporte operațiuni ulterioare de mentenanță și întreținere). pentru a asigura durata de viață solicitată a caroseriei." Or, limitând procedura de zincare la cald prin aplicarea directă, pe întreaga structură sudată, este îngreunat accesul ofertanților care, deși oferă aceleași garanții față de protecția anticorozivă pe întreaga durată de viață a caroseriei, folosesc o procedură ce implică zincarea la cald a elementelor din structura caroseriei, în mod separat.

În plus, procedura de zincare la cald se realizează, ca regulă, separat, pe elementele de structură ce compun scheletul caroseriei, iar nu pe întregul schelet.

Prin urmare, cerința de a face operațiunile pe întreaga structură practic limitează modalitatea aplicării operațiunilor anticorozive doar la baiea cataforetică (KTL), ceea ce duce la restricționarea concurenței.

Prin urmare, o astfel de restricție conținută în prezent de documentația de atribuire, care încalcă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016, 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 utilizării fondurilor publice, din moment ce, cu cât oferta este mai mică, cu atât prețul poate fi mai ridicat și invers.

Totodată, este necesar ca Autoritatea contractantă să lămurească dacă procedura galvanizării la cald este permisă, având în vedere că și această este tot o modalitate de zincare la cald, permisă în mod expres prin Caietul de sarcini.

Prin urmare, solicităm obligarea Autorității contractante la modificarea prevederilor din Caietul de sarcini în sensul de a permite aplicarea procedurii de zincare la cald în mod separat, pentru elementele constructive ale caroseriei (simultan cu **eliminarea cerinței** de a efectua operațiunile anticorozive aplicate caroseriei și structurii autobuzelor **în mod unitar și integral**) precum și precizarea dacă galvanizarea la cald este permisă, ca operațiune anticorozivă.

I.9. Secțiunea 7.14 – Scaunele pentru călători, cu privire la respectarea prevederilor Regulamentului nr. 80 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEEONU) – Dispoziții uniforme privind omologarea scaunelor vehiculelor mari și a acestor vehicule în ceea ce privește rezistența scaunelor și sistemelor lor de ancorare („Regulamentul CEEONU 80”)

Cerința privind necesitatea respectării prevederilor Regulamentului CEEONU 80 se impune a fi eliminată din Caietul de sarcini, întrucât acest regulament nu este aplicabil autobuzelor care fac obiectul prezentei Proceduri. Astfel, potrivit Regulamentului CEEONU 80 (art. 1 – *domeniu de aplicare*), acesta **este aplicabil doar claselor II și III din categoriile M2 și M3, deci nu și autobuzelor din clasa I.**

Prin urmare, solicităm eliminarea acestei cerințe din Caietul de sarcini.

I.10. Secțiunea 7.20 – Sistemul de climatizare (încălzire, ventilație și aer condiționat/HVAC), cu privire la respectarea prevederilor Regulamentului CEE-ONU 121 și Regulamentului CEE-ONU 672/2010 privind cerințele pentru omologarea de tip a dispozitivelor de dejivrare și de dezaburire a parbrizului a anumitor autovehicule și de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele de omologare de tip pentru siguranța generală a autovehiculelor, a remorcilor acestora, precum și a sistemelor, componentelor și unităților tehnice separate care le sunt destinate („Regulamentul CE 672/2010”)

Cerința privind respectarea Regulamentului CEE-ONU 121 se impune a fi eliminată, întrucât acest Regulament **nu este aplicabil sistemelor de climatizare**. Acest Regulament conține prevederi exclusiv privind omologarea vehiculelor în ceea ce privește amplasarea și identificarea comenzilor manuale, a martorilor și a indicatoarelor. Cerința se impune a fi reformulată **în sensul respectării Regulamentului CEE-ONU 122** privind specificațiile tehnice uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M, N și O în ceea ce privește sistemele de încălzire ale acestora.

De asemenea, cerința privind respectarea Regulamentului CE 672/2010 în ceea ce privește sistemul de climatizare se impune a fi eliminată din Caietul de sarcini, întrucât acest Regulament nu este aplicabil autobuzelor care fac obiectul prezentei Proceduri. Astfel, potrivit Regulamentului CE 672/2020 (art. 1 – *domeniul de aplicare*), acesta **este aplicabil doar categoriilor de autobuze M1 prevăzute cu parbriz, și nu autobuzelor din categoria M3 clasa I** (ce sunt solicitate în prezenta Procedură).

I.11. Secțiunea 7.23 – Instalația electrică, cu privire la protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice cu vaselină neutră

Cerința privind protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice cu vaselină neutră este o cerință restrictivă, existând în practică și alte metode mult mai moderne și mai eficiente de a asigura protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice. Unul dintre aceste procedee este aplicarea unui spray de contact pentru conectori, care asigură cu succes protecția a cărei asigurare se cere prin Caietul de sarcini.

Având astfel în vedere că în practică nu este testată o singură metodă de protecție a conectorilor exteriori, este abuzivă o cerință care să prevadă doar o metodă de protecție, câtă vreme există soluții alternative mult mai moderne și eficiente.

Prin urmare, solicităm obligarea Autorității contractante la completarea cerinței din Caietul de sarcini, în sensul permiterii și a variantei care presupune aplicarea unui spray de contact pentru conectori, alternativ cu procedura care implică utilizarea vaselinei neutre.

I.12. Secțiunea 13 – Penalizări și moduri de rezolvare a defecțiunilor în termenul de garanție, cu privire la termenul maxim de remediere a defecțiunilor, în termenul de garanție

În ceea ce privește **termenul maxim de remediere a defecțiunilor**, Caietul de Sarcini

prevede un termen de remediere a defecțiunilor, în termenul de garanție de:

- maxim 48 ore pentru intervențiile care nu necesită demontări de agregate/ echipamente și
- maxim 72 ore pentru intervențiile care nu necesită demontări de agregate echipamente,

de la întocmirea notificării trimise către ofertant.

Solicităm modificarea acestor termen prin stabilirea unor referințe exprimate în zile lucrătoare, respectiv, **în loc de 48 ore să fie prevăzut 2 zile lucrătoare, iar în loc de 72 ore să fie prevăzut 3 zile lucrătoare.**

Astfel în cazul în care termenele de remediere exprimate sunt exprimate în ore, iar acestea cad în zile nelucrătoare, furnizorul va putea fi fie în situația de a nu putea îndeplini la timp remedierea (dacă service-ul auto este închis), fie în situație de a plăti suplimentar pentru aceste remedieri (plata manoperei în zile nelucrătoare impunând plata unui spor la salariu).

Astfel, pentru a permite remedierea la timp a defecțiunilor, fără riscul de a fi supuși unor penalități sau costuri suplimentare (cu forța de muncă din zilele nelucrătoare), solicităm modificarea cerinței prin raportare la zile lucrătoare, iar nu ore.

I.13. Secțiunile 13 și 14 din Caietul de Sarcini, cu privire la stocul de materiale și personalul utilizatorului care va realiza întreținerea

Astfel, în partea finală a Secțiunii 13 din Caietul de Sarcini, se menționează că:

"În situația în care nu există în stocul din autobază piese vitale cu valoare mică sau materiale consumabile (uleiuri, unsori, lichide, becuri, curele, filtre, etc.), materiale care pot fi înlocuite de către personalul autorizat al utilizatorului, autobuzele vor fi declarate indisponibile din momentul anunțării și inapte de traseu. Pentru acestea beneficiarul va percepe penalizări."

De asemenea, în Secțiunea 14.1 (Activitatea de întreținere și mentenanță zilnică) se menționează:

"Personalul responsabil pentru aceste categorii de activități va fi instruit și autorizat de ofertant și va avea capacitatea de a înlocui piesele defecte care prin simpla înlocuire nu conduc la imobilizarea autobuzului cum sunt: becuri, curele, etc., cât și completarea cu lichide tehnologice sau alte materiale consumabile. Ofertantul are obligația de a constitui un stoc minim cu aceste componente necesare activității de întreținere și mentenanța zilnică, în autobaza destinată autobuzelor. Din stocul minim se poate asigura mentenanța pe o perioadă de 3-6 luni."

În Secțiunea 14.2 (Activitatea de întreținere și mentenanță planificată) se menționează:

"Prin reperi și materiale consumabile și piese de uzură se înțelege totalitatea materialelor și reperelor care au o perioadă de utilizare normală în exploatare mai mică decât perioada de garanție (antigel, uleiuri, unsori speciale, freon, apa

distilata, alte lichide tehnologice, amortizoare, garnituri de frana, perne de aer, lamele stergator parbriz, curele transmisie, etc.).

Seturile de filtre pentru climatizare se vor schimba dupa un parcurs de maxim 30000 km pentru un autobuz.

*Ofertantul va livra în functie de necesitati, incepand cu prima tranșa de autobuze livrate, la **sediul beneficiarului**, piesele si materialele necesare pentru buna desfasurare a activitatii de intretinere si reviziile planificate pentru întreaga perioada de garantie. Ofertantul va completa o declaratie privind acceptarea introducerii acestei clauze în contract."*

Din textele de mai sus, reiese o anumită obligație a ofertantului de a asigura fie în autobază, fie la sediul beneficiarului anumite materiale aferente întreținerii autobuzelor.

Specificațiile tehnice sunt însă lapidare cu privire la modalitatea practică în care aceste stocuri trebuie create și ulterior reînnoite, dar mai ales cu privire la modul în care costul aferent acestor materiale trebuie reflectat sau nu în ofertă.

Astfel, solicităm clarificarea următoarelor aspecte:

- Cine este responsabil de crearea stocurilor menționate pentru fiecare tip de mentenanță – zilnică/ planificată; dacă furnizorul, atunci acest lucru ar trebui specificat în mod clar;
- Când se creează fiecare stoc și care e procedura aferentă?
- Cine are răspunderea organizării stocului (cine pune la dispoziție locația, rafturile, forța de muncă aferentă organizării stocurilor, etc)?
- Ce materiale trebuie incluse – decizia aparține furnizorului sau autoritatea contractantă pune la dispoziție o listă completă a acestora?
- Lista de materiale trebuie inclusă în ofertă sau trebuie pusă la dispoziție ulterior (ar trebui specificat când)? Se solicită cantități minime de materiale?
- Dacă stocul minim va sta la utilizatorul autobuzelor, cine va prelua răspunderea pentru paza și buna gestiune a stocului?
- Dacă este posibilă realizarea stocului la o unitate sub răspunderea furnizorului din România – urmând ca elementele necesare să fie puse la dispoziție utilizatorului pe bază de comandă, prin curier?
- Care e procedura prin care se verifică/ se notifică situația stocului, astfel încât să se asigure disponibilitatea materialelor?

Caietul de Sarcini prevede o declarare a indisponibilității autobuzelor "din momentul *anunțării*". Trebuie însă avut în vedere că în cazul în care elemente din stoc se epuizează ar trebui asumată de către autoritate o obligație de a anunța din timp nevoia de completare, sau o altă procedură care să permită în mod rezonabil

furnizorului să asigure stocul.

- Cât timp trebuie menținut acest stoc, doar pe perioada de garanție a autobuzelor sau și ulterior și, în ultima ipoteză, în ce condiții?
- Cum se suportă costul materialelor ce se includ în acest stoc, respectiv, (i) costurile se includ în ofertă sau (ii) în ofertă se include o listă de materiale cu costurile aferente care vor fi ulterior achitate de autoritate pe măsură ce materialele sunt incluse în stoc?
- Dacă costurile cu manopera aferentă personalului utilizatorului care realizează întreținerea (atât conform 14.1 cât și conform 14.2 din Caietul de Sarcini), trebuie suportat de furnizor.

Astfel, conform art. 3 alin. 1 lit. z) din Legea 98/2016, documentația de atribuire trebuie să ofere *"operatorilor economici o informare **completă, corectă și explicită** cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile"*.

De asemenea, potrivit art. 154 din Legea 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."

Mai mult, în cazul în care elementele de cost ce trebuie incluse în oferta financiară nu sunt pe deplin clarificate – atât cu privire la materiale cât și cu privire la personal - se poate ajunge în situația în care participanții depun oferte **ce nu pot fi comparate**, fapt de natură a duce la distorsionarea rezultatului. Or, acest fapt ar impune anularea procedurii, cu impact inclusiv asupra utilizării eficiente a fondurilor publice alocate organizării procedurilor de atribuire.

Pentru aceste considerente, solicităm clarificarea elementelor ce vizează stocurile de materiale pe care furnizorul trebuie să le asigure după livrarea autobuzelor.

I.14. Secțiunea 16 din Caietul de Sarcini – Defecțiuni sistematice și vicii ascunse, cu privire la perioada în raport cu care se determină condițiile viciului material.

Conform Caietului de Sarcini:

"Dacă după perioada de garanție, o piesă componentă a unui agregat/subansamblu se defectează (prin rupere, spargere sau uzura anormală) la un rulaj mai mic decât fiabilitatea declarată de ofertant a agregatului/subansamblului în cauza, pentru un număr mai mare de 50 % din numărul de autobuze livrate se consideră îndeplinite condițiile viciului de material."

Astfel, prin Caietul de Sarcini se face referire la o "fiabilitate declarată de ofertant a agregatului/ subansamblului", însă niciunde în Caietul de Sarcini nu a fost identificată o cerință în acest sens.

De aceea, se impune **completarea** Caietului de Sarcini în sensul clarificării modului în care ofertanții trebuie să includă în oferta lor o astfel de declarație a fiabilității.

În plus, solicităm eliminarea obligației de răspundere a furnizorului pentru perioada post garanție cu privire la defecțiunile sistematice și viciile ascunse. Astfel, pe perioada de garanție, furnizorul are control asupra modului în care se realizează întreținerea și mentenanța periodică a autobuzului, astfel încât să nu ducă la supra solicitarea agregatelor/ subansamblurilor. Prin urmare, raportat la perioada de garanție, reperatele stabilite pentru identificarea viciului ascuns/ defectului sistematic de concepție sau fabricație este rezonabil.

Pentru perioada de post garanție însă, furnizorul nu mai are nici un control, astfel încât se poate foarte ușor ca un subansamblu să se strice pentru că, de exemplu, nu s-a efectuat la timp sau corect procedura de întreținere. Or astfel de situații nu pot fi puse în sarcina furnizorului drept vicii ascunse sau defecte sistematice.

Prin urmare, solicită ca răspunderea furnizorului pentru vicii ascunse/ defecte sistematice să fie limitată la perioada de garanție a autobuzului.

I.15. Secțiunea 15.3 - Activitatea de remediere a defecțiunilor care nu sunt imputabile furnizorului (tamponări sau comenzi de lucru ordonate de utilizator) și care nu pot fi remediate de utilizator

Caietul de sarcini prevede că:

*„Ofertantul va prezenta o descriere detaliată a modului de realizare a activităților de remediere în cazul unei solicitări de intervenție din partea beneficiarului (proforma). Pentru remedierea defecțiunilor neimputabile furnizorului, apărute în perioada de garanție, acesta are obligația de a furniza beneficiarului, la cerere, piesele și subansamblele de schimb necesare la prețurile din oferta, indicând pentru fiecare reper în parte furnizorul, codul de producător și prețul unitar în lei exclusiv TVA. Prețurile pentru următoarele piese de schimb și subansamblele de schimb ale autobuzelor (elemente de caroserie, elemente de tracțiune și de frânare, uși, captatori, semnalizare, faruri, parbriz, geamuri laterale), vor fi indicate într-o anexa, împreună cu oferta tehnică în care se vor indica pentru fiecare reper în parte, furnizorii, codul de producător și prețul unitar în lei fără TVA, respectiv în euro fără TVA. **Aceste prețuri vor fi valabile pe toată perioada de garanție a autobuzelor.**”*

Având în vedere că durata de garanție a autobuzelor se întinde pe o perioadă de 5 ani, este necesară modificarea cerinței de mai sus, privind menținerea aceluiași prețuri pe întreaga durată de garanție, în sensul permițerii ofertantului declarat câștigător de a indexa anual prețurile pentru piesele și subansamblele de schimb avute în vedere de secțiunea 15.3 pe baza indicelui de creștere a prețurilor industriale publicate lunar de Institutul Național de Statistică.

Având în vedere dinamica prețurilor pentru o perioadă atât de îndelungată ca cea de garanție, o actualizare periodică de preț se impune inclusiv din perspectiva asigurării unei proporționalități și a echilibrului contractual în raport cu furnizorul, care își asumă obligații pe termen lung.

II. Cerințe din Fișa de date care contravine legislației achizițiilor publice

Potrivit pct. III.1.3.a), operatorii economici trebuie să demonstreze experiența similară în activități având ca obiect furnizarea de mijloace de transport în comun/de călători în cuantum de minim 50.000.000 lei, în cadrul unuia sau maxim 5 contracte, în ultimii 3 ani.

Având în vedere că la același punct din Fișa de Date se solicită dovada furnizării de „*produse similare cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedură*”, pentru evitarea oricăror interpretări restrictive ulterioare, cerința se impune a fi clarificată în sensul că vor fi acceptate drept dovadă a experienței similare contracte având ca obiect **orice mijloace de transport în comun/de călători, indiferent de motorizarea acestora** și că printre mijloacele de transport în comun acceptate se includ autobuze M3 din clasa I, cu orice tip de motorizare (fie aceasta cu combustibili fosili, de exemplu: diesel/benzină, sau electrice) care presupun **caracteristici constructive generale similare sau chiar identice**.

III. Prevederi din draft-ul de Contract care contravine legislației achizițiilor publice

III.1 Clauza 12.1 privind penalitățile de întârziere

Potrivit clauzei 12.1: *„În cazul în care din vina sa exclusivă, furnizorul nu reușește să-și îndeplinească obligațiile asumate la termenele stipulate în contract, achizitorul este îndreptățit de a percepe penalități de întârziere în cuantum de 2% pe zi de întârziere din valoarea produselor nelivrate/livrate cu întârziere, calculate pe o perioadă cuprinsă între data stabilită pentru îndeplinirea obligațiilor (conform graficului) și data îndeplinirii efective a acestora, fără ca această perioadă să depășească 30 zile calendaristice, caz în care contractul este considerat reziliat de drept (reziliere unilaterală).”*

Astfel, în temeiul acestei clauze, Autoritatea contractantă poate rezilia Contractul în măsura în care durata aferentă penalităților de întârziere este mai mare de 30 zile calendaristice.

O astfel de măsură este în mod evident **excesivă și disproporționată**, o întârziere de 30 zile calendaristice **neputând fi considerată o neexecutare care să justifice sancțiunea rezilierii de drept**. Atât în dreptul achizițiilor publice, cât și în dreptul civil s-a consacrat **principiul proporționalității** în executarea oricărui contract comercial (fie el pur civil sau încheiat în baza unei proceduri de achiziție publică) și **principiul aplicării graduale a remediilor contractuale**. Aceste principii impun ca sancțiunile contractuale cele mai drastice – precum rezilierea și rezoluțiunea – să fie aplicate în ultimă instanță și doar ca urmare a unei neexecutări suficient de grave care să justifice această sancțiune.

Or, în cazul de față, o întârziere de 30 zile care ar putea fi datorată unor circumstanțe independente de voința Furnizorului (cum ar fi: întârzieri datorate partenerilor comerciali ai Furnizorului, lipsa sau durata mai mare de livrare a unor componente esențiale etc.), nu

poate justifica rezilierea Contractului, fiind disproporționată.

Rugăm Consiliul să țină cont și de faptul că în condițiile actuale de pe piață, întârzierile mai mari de 30 zile pot fi datorate și restricțiilor impuse atât în România, cât și în celelalte state UE, restricții care pot afecta considerabil atât executarea obligațiilor de către Furnizor, cât și de Autoritatea contractantă.

De asemenea, cu titlu de exemplu, arătăm că și Contractul prevede unele situații în care durata executării obligațiilor Furnizorului **ar putea depăși 30 zile** - potrivit clauzei 16.7, în măsura în care reparațiile ce incumbă Furnizorului depășesc 30 zile, acesta va asigura pe durata reparației un vehicul similar. Astfel, aplicarea sancțiunii rezilierii pentru acumularea de penalități de întârziere pentru o perioadă mai mare de 30 zile este nejustificată și se impune eliminarea acesteia.

III.2 Clauza 12.4 privind daunele-interese

Potrivit clauzei 12.4: *„În situația în care devin aplicabile dispozițiile clauzei 27 din contract (rezilierea contractului) furnizorul va fi obligat la plata de daune interese, în cuantumul și condițiile penalităților de întârziere, calculate până la atribuirea produselor rămase de livrate, contractate printr-o nouă procedură de achiziție publică.”*

Și de această dată, sancțiunile prevăzute în caz de reziliere sunt excesive și se impun a fi eliminate. În ipoteza rezilierii, acordarea de penalități de întârziere până la o nouă atribuire a autobuzelor rămase de livrat **lipsește Furnizorul de orice previzibilitate asupra daunelor-interese ce ar urma să le suporte.**

Atribuirea produselor rămase de livrat printr-o nouă procedură ar rămâne în acest caz la **discreția absolută a Autorității contractante**, aceasta fiind **singura în măsură să decidă și chiar să influențeze pe parcurs durata procedurii de atribuire** în vederea perceperii daunelor-interese. Aceasta poate decide asupra procedurii de atribuire aplicate, durata termenelor din cadrul procedurii, durata evaluării ofertelor, întocmirii raportului final privind evaluarea ofertelor și, în final, semnarea noului contract. În orice caz, este bine-cunoscut faptul că procedurile de achiziție publică, de cele mai multe ori, implică o durată de derulare îndelungată (în unele cazuri și de ordinul anilor), uneori prelungită și de contestațiile ce se depun atât în faza contestării documentației de atribuire, cât și a rezultatului procedurii, care întârzie semnificativ semnarea unui contract.

Astfel, durata acestor etape este **incertă și imposibil de stabilit ab initio**, astfel că Furnizorul se va regăsi în situația în care **nu are nicio vizibilitate asupra daunelor-interese pe care le-ar putea suporta** și ar conferi o **putere discreționară** Autorității contractante, **lăsând la aprecierea acesteia cuantumul daunelor-interese.**

Or, o astfel de prevedere contractuală pur punitivă este excesivă, și pe cale de consecință, reductibilă de către instanță în condițiile art. 1541 alin. (1) lit. b) Cod civil. Potrivit acestui text de lege, instanța va putea reduce penalitatea atunci când: **„penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului”**. Rezultă că instanța va putea aplica acest text de lege în măsura în care există o situație de vădit dezechilibru între cuantumul clauzei penale și prejudiciul previzibil la data încheierii Contractului.

Pentru o mai mare transparență și echilibru între părțile contractante, **se impune eliminarea acestei clauze și stabilirea daunelor-interese aferente rezilierii în conformitate cu regulile răspunderii civile contractuale.** În subsidiar, pentru o mai mare previzibilitate, clauza penală mai sus menționată **trebuie să stabilească o durată maximă pentru care se vor percepe penalități și să instituie obligația autorității contractante să finalizeze noua procedură în această durată maximă.** În caz contrar, puterea nelimitată a Autorității contractante este abuzivă.

III.3 Clauzele 14.1-14.3 privind drepturile de proprietate intelectuală

Potrivit clauzei 14.1: *„Orice documente sau materiale elaborate ori compilate de către executant sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea prezentului contract vor deveni proprietatea exclusivă a achizitorului. După încetarea prezentului contract, executantul nu va utiliza documentele sau materialele elaborate ori compilate în scopuri care nu au legătură cu prezentul contract, fără acordul scris al achizitorului”.*

Această clauză este **abuzivă și de natură să restrângă activitatea comercială a Furnizorului în viitor.** Documentele sau materialele elaborate de către personalul Furnizorului de-a lungul executării Contractului (cum ar fi: desene, soluții tehnice, materiale training etc.) nu pot deveni proprietatea exclusivă a Achizitorului, acestea rămânând proprietatea intelectuală a Furnizorului, care **transferă către Autoritatea contractantă exclusiv proprietatea asupra autobuzelor achiziționate,** fără a transfera și drepturile de proprietate intelectuală aferente.

În cadrul Procedurii, Achizitorul solicită furnizarea unor autobuze de serie, nu a unei soluții tehnice inovative care să justifice și transferul drepturilor de proprietate intelectuală aferente acesteia. O concluzie contrară ar conduce la situații practice absurde în care **Furnizorul s-ar afla în incapacitate de a mai comercializa autobuze identice către alți achizitori sau de a folosi desenele, planșele etc. prezentate Autorității contractante în alte contracte.,** fără acordul acesteia. Precizăm că furnizarea aceluiași tip de autobuz către mai multe achizitori este o practică firească a oricărui Furnizor și nu poate fi restrânsă abuziv printr-o clauză contractuală ca cea de mai sus.

În continuare, potrivit art. 14.2: *„Executantul nu va publica articole referitoare la obiectul prezentului contract, nu va face referire la aceste lucrări în cursul executării altor lucrări pentru terți și nu va divulga nicio informație furnizată de achizitor, fără acordul scris prealabil al acestuia.”*

Sunt de neînțeles rațiunile pentru care Autoritatea contractantă dorește să interzică publicarea de articole referitoare la Contract sau referirea la Contract în cursul executării altor lucrări pentru terți. Arătăm că, potrivit art. 217 alin. (4) din Legea 98/2016: *„Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public.”* Astfel, orice persoană interesată poate avea acces la Contract, și implicit, la informațiile ce țin de obiectul acestuia.

Interdicția impusă Furnizorului de a nu face referire la prezentul Contract în relațiile cu terții fără acordul prealabil și în scris al Autorității contractante **este de natură să afecteze participarea Furnizorului la alte proceduri de atribuire.** Cu titlu de

exemplu, arătăm că Furnizorul, în activitatea sa uzuală, **face referire la contracte executate în trecut pentru a dovedi experiența similară solicitată în cadrul unei proceduri de atribuire**. Or, o clauză de tipul celei de mai sus, **restrânge considerabil** această posibilitate.

De asemenea, este abuzivă și clauza 14.3 care stabilește că drepturile dobândite potrivit art. 14.1 de mai sus vor putea fi utilizate, publicate, cesionate sau transferate, așa cum consideră Achizitorul de cuviință, fără limitare geografică sau de altă natură. Și această clauză este de natură **să afecteze considerabil activitatea economică a Furnizorului**, întrucât prevede dreptul Achizitorului de a transfera soluțiile tehnice și materialele aferente acestui Contract către orice alte terțe părți, fără acordul Furnizorului, limitând astfel orice posibilitate a Furnizorului de a mai utiliza soluția tehnică respectivă în alte contracte comerciale și conferind dreptul terților de a le utiliza fără nicio limitare.

Pentru toate argumentele de mai sus, aceste clauze se impun a fi eliminate, întrucât impun restricții disproporționate în sarcina Furnizorului.

III.4 Clauza 14.4 și clauza 14.8 privind protecția datelor cu caracter personal

Conform clauzei 14.4: „În măsura în care și dacă executantul obține date cu caracter personal în numele Municipiului Sibiu, în scopul îndeplinirii obligațiilor sale în temeiul prezentului contract, aceste date cu caracter personal vor rămâne proprietatea Municipiului Sibiu în permanență. [...]”.

Pentru a permite prelucrarea datelor cu caracter personal în numele Municipiului Sibiu în condiții de deplină legalitate, se impune completarea acestei clauze cu următoarele scopuri: (i) încheierea/modificarea/încetarea prezentului Contract; (ii) îndeplinirea unor obligații legale care îi revine Furnizorului; (iii) apărarea/constatarea sau exercitarea unor drepturi ale Furnizorului.

De asemenea, conform clauzei 14.8: „Executantul va fi responsabil pentru toate daunele suferite de către Municipiul Sibiu și/sau orice Asociați ai acestuia ca urmare a sau în legătură cu neîndeplinirea obligațiilor din contract, de către executant [...]”.

Se impune clarificarea acestei clauze, în sensul detalierii noțiunii de Asociați și stabilirii entităților care se califică drept Asociați ai Municipiului Sibiu.

III.5 Clauza 22.2 și clauza 22.6 privind garanția funcționării autobuzelor coroborate cu prevederile Caietului de sarcini

În conformitate cu Clauza 22.2: „Garanția funcționării autobuzelor; minim 500.000 km sau minim 5 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data punerii în exploatare. Garanția se referă la autobuz în ansamblu și la toate componentele acestuia (altele decât cele de mai jos [...])”.

În același timp, clauza 22.6 stabilește că: „Autobuzele vor avea o durată de bună funcționare de minim 15 ani, respectiv o durată de utilizare fără reparație generală de minim 8 ani.”

Cu privire la garanție, așa cum am arătat mai sus, Caietul de Sarcini (pag: 80) prevede că:

„Furnizorul va fi responsabil pe întreaga durată de viață a autobuzelor de remediarea viciilor ascunse de material, concepție sau execuție pentru autobuzele de ansamblu, cât și pentru toate agregatele, sistemele și echipamentele sale, pe cheltuiala sa.”

Din interpretarea coroborată a acestor clauze rezultă următoarele:

- (i) garanția funcționării este stabilită la **500.000 km sau 5 ani** (în funcție de prima condiție îndeplinită);
- (ii) în același timp, Furnizorul este obligat să garanteze o funcționare de **minim 15 ani sau 8 ani** (fără reparații generale);
- (iii) în măsura în care s-ar descoperi existența unor vicii ascunse, Furnizorul răspunde pentru acestea **pe întreaga durată de viață** a autobuzelor.

Astfel, Autoritatea contractantă **extinde în mod abuziv garanția** funcționării autobuzelor de la 500.000km sau 5 ani și impune **obligații suplimentare** în sarcina Furnizorului peste durata garanției stabilite.

În condițiile în care garanția este stabilită la 500.000 km sau 5 ani, este **nejustificată obligarea Furnizorului la acordarea unei garanții suplimentare peste acest termen.**

Ulterior expirării garanției, Furnizorul **nu are niciun control asupra modului în care autobuzele vor fi folosite/întreținute de Autoritatea contractantă**, toate lucrările de mentenanță, precum și cele de reparație, **fiind exclusiv în sarcina Achizitorului**. Prin urmare, Antreprenorul nu poate garanta pentru buna funcționare a autobuzelor ulterior expirării garanției, în special pentru o durată atât de îndelungată de 15 ani, respectiv 8 ani. Astfel, această prevedere se impune a fi eliminată, păstrându-se garanția de 500.000 km sau 5 ani, așa cum aceasta a fost prevăzută inițial.

De asemenea, Furnizorul nu poate fi ținut să răspundă pentru viciile ascunse care se manifestă pe întreaga durată de viață a autobuzelor, consecința acestei clauze fiind faptul că se instituie o **garanție nelimitată în sarcina Furnizorului**. Având în vedere faptul că, ulterior expirării garanției de 500.000 km sau 5 ani, **Furnizorul nu mai are niciun control asupra modului în care Autoritatea contractantă utilizează/respectă instrucțiunile de utilizare și mentenanță a autobuzelor livrate**, acesta nu poate răspunde pentru potențiale vicii ce apar pe durata de viață a autovehiculelor. Această obligație **se impune a fi limitată exclusiv la perioada de garanție a autobuzelor** sau, în subsidiar, condiționată de respectarea tuturor instrucțiunilor de utilizare/mentenanță/reparație etc. puse la dispoziție de către Furnizor.

De asemenea, în vederea Consiliului că, potrivit punctului 12.1 din Caietul de sarcini, ofertantul este obligat să prezinte „o descriere detaliată a modului de realizare a activității de asistență tehnică și service în perioada de garanție (Legea 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, republicată, cu modificările și completările ulterioare).”

Arătăm că Legea 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora se

aplică **exclusiv în materia protecției consumatorilor** (a se vedea art. 1 care stabilește sfera de aplicabilitate) și reglementează obligația vânzătorului de a asigura conformitatea **produselor livrate consumatorilor**. Or, produsele livrate în temeiul contractului ce face obiectul Procedurii **nu vor fi livrate către consumatori, Autoritatea contractantă având calitatea de profesionist**, astfel că trimiterea la Legea 449/2003 se impune a fi eliminată.

III.6 Clauzele 29.2-29.4 privind denunțarea unilaterală

Potrivit clauzei 29.2, Contractul încetează: „prin denunțarea unilaterală de către Achizitor fără nicio notificare prealabilă adresată furnizorului în cazul în care Furnizorul [...] intră în procedură de reorganizare judiciară”.

Arătăm că această clauză **nu poate produce niciun efect, fiind nulă** potrivit Legii 85/2014 *privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență („Legea 85/2014”)* și se impune a fi eliminată.

Potrivit art. 123 din Legea 85/2014: „**Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, art. 1417 din Codul civil nefiind aplicabil. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule**”.

Astfel, Autoritatea contractantă nu are dreptul de a înceta Contractul prin denunțare unilaterală în ipoteza în care Furnizorul ar intra în procedură de reorganizare judiciară, această clauză fiind nulă prin efectul legii.

De asemenea, potrivit clauzei 29.3, Contractul încetează: „prin denunțarea unilaterală a contractului de către Achizitor cu o notificare prealabilă în cazul în care Furnizorul nu își îndeplinește la timp și în bune condiții oricare dintre obligațiile ce-i revin”.

Se impune eliminarea acestei clauze, întrucât denunțarea unilaterală nu poate interveni în cazul unei neexecutări a unei obligații contractuale, fiind de esența denunțării lipsa oricărei culpe. Astfel, sancțiunea ce s-ar putea aplica ar fi exclusiv rezilierea Contractului, în acord cu prevederile Codului civil.

În ceea ce privește clauza 29.4, arătăm că potrivit acesteia Contractul va înceta: „Prin denunțarea unilaterală a contractului de către Achizitor în cazul apariției unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și cu condiția ca acesta să notifice furnizorul”.

Se impune modificarea clauzei de denunțare unilaterală în sensul acordării acestui drept Autorității contractante doar în ipoteza în care **circumstanțele imprevizibile sunt generate de situații de forță majoră, caz fortuit sau motive de interes public** consacrate prin acte normative la nivel central. În caz contrar, această clauză este **disproporționată, conferind libertate nelimitată Autorității contractante** în a decide circumstanțele ce pot fi încadrate ca fiind imprevizibile.

Pentru a justifica încetarea Contractului, circumstanțele imprevizibile trebuie **să afecteze**

în mod semnificativ derularea Contractului, nefiind suficientă apariția lor, așa cum se prevede în forma actuală a clauzei.

Acest raționament a fost consacrat și în jurisprudența CNSC¹ prin care s-a stabilit că deși legislația recunoaște dreptul autorităților contractante de a introduce o clauză de denunțare unilaterală, „acest drept nu poate fi folosit discreționar” în sensul că „orice circumstanță care nu a putut fi prevăzută la data încheierii contractului poate conduce la denunțarea unilaterală a contractului, fără nicio explicație privind efectele pe care aceste circumstanțe le are/ poate avea asupra derulării contractului, respectiv asupra interesului public”.

III.7 Clauza 30 privind forța majoră

Potrivit clauzei 30.4: *„Partea contractantă care invocă forța majoră are obligația de a notifica celeilalte părți, imediat și în mod complet, producerea acesteia și să ia orice măsuri care îi stau la dispoziție în vederea limitării consecințelor.”*

Întrucât cazurile de forță majoră au un caracter excepțional și, de cele mai multe ori, notificarea imediată și completă a acestora este dificilă, considerăm oportună modificarea clauzei în sensul notificării celeilalte părți **imediat ce această notificare este posibilă, după luarea la cunoștință a evenimentului sau a consecințelor acestuia** asupra executării Contractului.

De asemenea, este necesară modificarea clauzei 30.5, care prevede că: *„Dacă forța majoră acționează sau se estimează că va acționa o perioadă mai mare de 5 zile, fiecare parte va avea dreptul să notifice celeilalte părți încetarea de plin drept a prezentului contract, fără ca vreuna din părți să poată pretinde celeilalte daune-interese.”.*

În lumina evenimentelor recente cauzate de pandemia de COVID-19 (ce poate fi considerată în anumite situații un caz de forță majoră) considerăm nepotrivită posibilitatea încetării Contractului în cazurile în care evenimentul de forță majoră are o durată de 5 zile. În realitate, efectele oricărui caz de forță majoră temporară ce ar putea afecta Contractul, ar depăși durata de 5 zile. Or, raportat la valoarea Contractului, o întârziere de 5 zile este ne semnificativă și nu poate justifica încetarea acestuia.

Astfel, considerăm că se impune modificarea acestei clauze, în sensul înlocuirii perioadei care ar justifica încetarea Contractului din 5 zile în minim 30 zile.

IV. 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 art. 153 alin. (1) din Legea 98/2016: *„Autoritatea contractantă prelungeste perioada stabilită în anunțul de participare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri: [...] b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției”.*

¹ Decizia CNSC nr. 577/C2/479 din 09.04.2020.

De asemenea, la art. 153 alin. (2) 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) perioada rămasă până la data limită pentru primirea ofertelor este scurtă, respectiv **02.07.2020**, în această perioadă fiind **puțin probabilă 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.

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

Potrivit dispozițiilor art. 22 din Legea 101/2016, *„în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente², 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 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”.*

Astfel, cele două condiții pentru suspendarea Procedurii sunt: (i) cazul bine justificat și (ii) prevenirea unei pagube iminente. În speța de față sunt îndeplinite ambele condiții, după cum urmează:

- (i) În ceea ce privește **cazurile bine justificate**, arătăm că, potrivit art. 2 alin. (1) lit. d) din Legea 554/2004 acestea sunt *„împrejurările legate de starea de fapt și de drept, care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ”;*

În cazul analizat, îndoiala serioasă asupra legalității procedurii rezultă din

² Arătăm că în lipsa unor definiții și reglementări speciale ale cazului bine justificat și ale pagubei iminente se aplică prevederile Legii 554/2004 a contenciosului administrativ. 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”* (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).

cuprinsul argumentelor expuse pe fondul contestației. **Încălcările legislației în materia achizițiilor publice** (pe care nu le vom relua și în cuprinsul acestei secțiuni) în redactarea documentației de atribuire sunt de natură să creeze îndoială puternică asupra legalității întregii proceduri;

Menționăm, de asemenea, că în ceea ce privește condiția cazului bine justificat, atunci când analizează suspendarea, judecătorul **nu trebuie să intre pe fond**, ci numai să realizeze o **analiză sumară a criticilor de nelegalitate**, și să dispună suspendarea în măsura în care acestea au capacitatea să producă o îndoială serioasă asupra prezumției de legalitate de care se bucură Procedura.

- (ii) În ceea ce privește paguba iminentă, aceasta 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”**

În cazul Procedurii, în situația în care nu ar fi remediată documentația de atribuire și, în același timp, nu ar fi suspendată Procedura, paguba iminentă este generată de faptul că: (a) procedura de atribuire ar fi derulată cu o **vădită încălcare a dispozițiilor legale**, așa cum am arătat pe larg *supra*; (ii) datorită termenului scurt pentru depunerea ofertelor (02.07.2020), subscrisa, precum și alți ofertanți, **nu ar putea participa la Procedură cu o ofertă care ar putea fi evaluată drept admisibilă și conformă.**

Astfel, restricțiile conținute în prezent de documentația de atribuire, care încalcă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016, 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.

Față de toate aceste motive, vă solicităm admiterea prezentei contestații și, pe cale de consecință să dispuneți:

- 1. obligarea Autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a Procedurii;**
- 2. 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. 153 din Legea nr. 98/2016;**

3. suspendarea Procedurii sau aplicării oricărei decizii luate de Autoritatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații, în temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016.

Cu stimă,

/Otokar Europe Filiala București SRL

Schoenherr și Asociații

