

Către,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor („CNSC”)

București, str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3

office@cnsr.ro

Spre știință,

UAT Municipiul Craiova – („Autoritate Contractantă”)

Craiova, str. Alexandu Ioan Cuza, nr. 7, jud. Dolj

achizitii@primariacraiova.ro

Referitor la:

Contestație la Raportul procedurii nr. 83697 din 17.05.2021 (despre care am luat la cunoștință la 19.05.2021), la Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021 și la procedura de achiziție având anunț de participare cod SMIS 129426 - anunț de participare CN 1023276/03.08.2020, Cod unic de identificare a achiziției 4417214-2020-I

DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa,

având sediul în

, înregistrată la Oficiul Național al Registrului Comerțului
având e-mail

reprezentată legal prin dl. **AYKOL HUSOYUN SIVİ** - Administrator și convențional prin avocat

în calitate de ofertant în procedura de achiziții publice cu anunț de participare CN 1023276/03.08.2020 - “Furnizarea autobuzelor și stațiilor de încărcare – proiect “Innoirea parcului de vehicule de transport public urban – Achiziția de autobuze noi – Faza 1 (30 buc)” cod SMIS 129426” - anunț de participare CN 1023276/03.08.2020, Cod unic de identificare a achiziției 4417214-2020-I („Procedura”), organizată de Municipiul Craiova, cu sediul în Craiova, str. A.I. Cuza, nr. 7, jud. Dolj, în calitate de Autoritate Contractantă,

în temeiul art. 8 și urm. 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 („Legea nr. 101/2016”), astfel cum a fost modificată, formulăm

CONTESTAȚIE

împotriva Procedurii de atribuire identificată anterior, precum și împotriva Raportului procedurii nr. 83697 din 17.05.2021 (despre care am luat la cunoștință la 19.05.2021) și a

Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021, prin care vă solicităm să dispuneți:

1. În principal anularea Raportului procedurii emis de către Autoritatea Contractantă nr. 83697 din 17.05.2021 (despre care am luat la cunoștință la 19.05.2021) și a Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ca o consecință a anulării Raportului procedurii și a Comunicării privind rezultatul procedurii, solicităm CNSC să oblige Autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 101/2016 să adopte măsurile necesare în vederea restabilirii legalității în sensul emiterii unui nou Raport al Procedurii prin care să fie declarată ca și conformă oferta și declarată ca neconformă oferta

2. În subsidiar, în ipoteza în care veți aprecia că motivele invocate nu justifică anularea doar a Raportului procedurii și a Comunicării privind rezultatul procedurii, deoarece viciile procedurii nu mai pot fi remediate, în temeiul art. 26 alin. 2 lit. c) să dispuneți anularea Procedurii.

MOTIVE

I. Autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii nr. 83697 din 17.05.2021 (despre care am luat la cunoștință la 19.05.2021) și Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021 cu încălcarea legislației privind achizițiile publice, în special a principiilor nediscriminării, egalității de tratament și transparenței:

1. Contextul emiterii de către Autoritatea contractantă a Raportului procedurii din 17.05.2021 și a Comunicării privind rezultatul procedurii din 19.05.2021 și cuprinsul acestora:

1.1. În concret, emiterea actelor menționate anterior s-a făcut în urma Deciziei CNSC nr. 662/C2/502 din 01.04.2021, prin care s-a admis contestația formulată și a fost anulată decizia de anulare a procedurii dată de Autoritatea contractantă prin Raportul procedurii nr. 33302/22.02.2021 (care nu ne-a fost comunicat la acea dată și despre care am luat la cunoștință în data de 24.05.2021, în urma solicitării noastre de acces la dosarul Procedurii). În acest context, Autoritatea Contractantă, prin Raportul nr. 69071/14.04.2021 (care nu ne-a fost comunicat la acea dată și despre care am luat la cunoștință în data de 24.05.2021, în urma solicitării noastre de acces la dosarul Procedurii) a decis să nu mai formuleze plângere pe cale judiciară împotriva deciziei CNSC și să continue procedura de atribuire. În același sens a fost emis și Raportul nr. 70535/19.04.2021.

Raportul procedurii nr. 83697/17.05.2021 nu ne-a fost comunicat în mod distinct, noi luând la cunoștință despre conținutul acestuia, împreună cu Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021. Prin Raportul procedurii din 17.05.2021 se arată, la pag. 18, că oferta a fost declarată ca neconformă deoarece „*oferta tehnică prezentată nu respectă în mod corespunzător toate cerințele impuse în Caietul de sarcini, întrucând nu toți parametrii tehnici minimali și maximali declarați în Anexa nr. 1 a caietului de sarcini sunt respectați*”.

Deși prin Raportul procedurii din 17.05.2021 nu se arată în concret în ce constă neconformitatea ofertei noastre (aspect care nu rezultă nici din Raportul procedurii din 22.02.2021, care nu oferă niciun motiv pentru declararea ca neconformă a ofertei noastre, în raport de cerințele tehnice), prin Comunicarea privind rezultatul procedurii din 19.05.2021 se arată că nu ar fi îndeplinită cerința din Anexa 2 – Specificații tehnice extinse a Caietului de sarcini, cap. 3.1 – Unitatea electrică de tracțiune, astfel cum s-a arătat prin răspunsul la întrebarea 7 din Răspunsul consolidat nr. 1/11.09.2020. În concret, în interpretarea proprie a Autorității contractante, cerința descrisă se referă la o modalitate suplimentară de răcire a motorului, sens în care oferta noastră ar fi prezentat un sistem de răcire cu aer, *„fără ca motorul de tracțiune să aibă răcire exterioară cu aer și suplimentar cu lichid”* (pag. 1 și 2 din Comunicarea privind rezultatul procedurii din 19.05.2021). **Precizăm că acesta este singurul document emis de Autoritatea contractantă în care se precizează motivul tehnic pentru care se declară oferta noastră ca fiind neconformă, toate documentele anterioare nefăcând nicio mențiune în acest sens.**

1.2. Cu privire la interesul și calitatea procesuală a subscrisei în formularea prezentei contestații, arătăm că în calitate de ofertant a căruia ofertă a fost declarată neconformă suntem persoană vătămată în drepturile și interesele noastre legitime prin actele Autorității, astfel cum dispune art. 2 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Suplimentar, jurisprudența a reținut că interesul în formularea contestației *„trebuie privit în raport de dispozițiile art. 255 din ordonanță (n.r. art. 2 din Legea nr. 101/2016 în reglementarea actuală), care recunosc dreptul oricărei persoane ce se consideră vătămată într-un drept ori un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, să solicite, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională”*¹.

Mai mult, chiar ofertantul a căruia ofertă a fost respinsă în mod legal (susținerea noastră este că oferta noastră a fost declarată neconformă în mod nelegal) justifică un interes în a critica oferta declarată câștigătoare, sub aspectul neîndeplinirii cerințelor minime din documentația de atribuire².

Rezultă că sub aspectul interesului și a calității procesuale passive, relevanță au doar dispozițiile art. 2 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, iar în contextul în care suntem ofertant în cadrul procedurii justificăm ambele condiții stabilite pentru a acționa în formularea contestației.

Nu în ultimul rând subliniem că singurul act emis de Autoritate care ni s-a comunicat și unde s-au arătat motivele pentru care oferta noastră este considerată neconformă este Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021 împreună cu Raportul procedurii din 17.05.2021. Astfel, Raportul nr. 33302/22.02.2021 nu ne-a fost comunicat și, oricum, acesta nu prevede nicio motivare cu privire la declararea ca neconformă a ofertei noastre. În aceste condiții, anterior Comunicării privind rezultatul procedurii Autoritatea nu ne-a transmis nicio informare sau raport al procedurii, în condițiile art. 215-216 din Legea nr. 98/2016 prin care să se motiveze soluția de declarare a ofertei

¹ Curtea de Apel Constanța, Decizia civilă nr. 128/CA din 22 iulie 2015.

² Curtea de Apel Târgu Mureș, Decizia nr. 486/23 iunie 2016.

noastre ca neconformă, potrivit art. 215 alin. 2 lit. b), respectiv art. 216 alin. 3 lit. b) din Legea nr. 98/2016.

2. Autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile legislației privind achizițiile publice în ceea ce privește continuarea Procedurii și emiterea Raportului procedurii nr. 83697 din 17.05.2021 (despre care am luat la cunoștință la 19.05.2021) și Comunicării privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021:

Având în vedere continuarea procedurii ca efect al anulării deciziei de anulare a procedurii conform Raportului nr. 33302/22.02.2021, **Autoritatea contractantă avea obligația de a relua procedura cu respectarea principiului nediscriminării, egalității de tratament și transparenței.** În concret, prin decizia CNSC de anulare a deciziei de anulare a procedurii, acest ultim act al Autorității contractante a fost lipsit de efecte, astfel că procedura urma a fi reluată cu analizarea ofertelor tehnice ale tuturor ofertanților, în mod real și cu asigurarea că prin aceasta nu se limitează dreptul tuturor ofertanților de a demonstra că oferta tehnică a acestora corespunde cerințelor autorității. În realitate, Autoritatea contractantă nu a mai efectuat analiza ofertelor tehnice, întemeindu-se pe o analiză anterioară conform căreia toate ofertele, mai puțin cea a _____ au fost declarate neconforme pentru motivul arătat *supra*, chiar dacă aceste motive nu au fost niciodată comunicate ofertanților în cauză.

Conform art. 2 din Legea nr. 98/2016: „(1) Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări **în condiții de eficiență economică și socială.** (2) **Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii**”.

Totodată, conform art. 49 din același act normativ: „(1) **Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională**”.

Așadar, obligațiile impuse Autorității contractante în lumina principiilor evocate sunt absolute, înțelegând prin aceasta că Autoritatea trebuie să se asigure că toate măsurile întreprinse în cadrul procedurii respectă aceste obligații. În speță, Autoritatea nu a realizat în mod corect analiza tehnică a ofertelor participanților, declarând neconforme toate ofertele în afară de oferta _____ pentru același motiv, fără a solicita clarificări, în condițiile în care cerința despre care se arată că nu ar fi îndeplinită rezultă dintr-un răspuns al Autorității contractante la solicitările de clarificări ale ofertanților, interpretat în mod propriu de către Autoritate, distinct față de alți ofertanți cărora li s-a declarat oferta ca neconformă.

Așa cum rezultă chiar din Comunicarea privind rezultatul procedurii din 19.05.2021, modalitatea de interpretare a specificației tehnice în discuție (modul de răcire a motorului cu tracțiune), precum și soluția alternativă acceptată de Autoritate rezultă din Răspunsul consolidat nr. 1/11.09.2020, prin care aceasta a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări ale ofertanților.

În primul rând, susținerea noastră este aceea că modalitatea de interpretare a răspunsului dat de Autoritate este aceea că aceasta acceptă atât oferte care îndeplinesc cerința tehnică „**motor cu răcire cu aer**”, **cât și, în mod distinct, „motor cu răcire cu lichid**”. Apreciem că această modalitate

de interpretare este evidentă din conținutul formulării oferite de Autoritate, care se referă la acceptarea ofertelor atât de la ofertanții care pot oferi un produs cu răcire cu aer (doar cu aer, nu și cu lichid), cât și a ofertelor venite de la ofertanții care prezintă un produs cu răcire cu lichid (doar cu lichid, nu și cu aer).

Având în vedere modalitatea de interpretare proprie a Autorității, care a reieșit doar din Comunicarea privind rezultatul procedurii, rezultă că aceasta a analizat ofertele tehnice ținând cont doar de interpretarea proprie, fără a solicita clarificări ofertanților.

În aceste condiții, a analiza ofertele tehnice fără a solicita clarificări ofertanților cu privire la modul de îndeplinire a acestei condiții din specificațiile tehnice, precum și de a nu realiza o analiză a ofertelor, ulterior continuării procedurii în urma Deciziei CNSC nr. 662/C2/502 din 01.04.2021, prin lămurirea, pentru fiecare ofertant, a modului de îndeplinire a acestei cerințe, reprezintă o încălcare a principiului egalității de tratament și nediscriminării între ofertanți, deoarece o singură ofertă a fost declarată conformă, în condițiile în care oferta subscrisei se încadra în specificațiile tehnice, în primul rând deoarece avea sistem de răcire cu aer, însă, oricum, se încadra și în prevederile tehnice astfel cum sunt interpretate de Autoritate, având prevăzut sistem de răcire a motorului atât cu aer, cât și cu lichid, aspect care însă nu a fost clarificat de Autoritate.

Obligația Autorității de a solicita informații suplimentare de la ofertanți, rezultă din dispozițiile art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 62 alin. 1 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 295/2016 („HG nr. 395/2016”), cu mențiunea că dreptul Autorității contractante la care fac referire aceste prevederi devine o obligație în contextual necesității respectării principiilor nediscriminării și egalității de tratament: „(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

Sub acest aspect, ÎCCJ, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin Decizia nr. 66/2018 a stabilit că: „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a

verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară". Apreciem că situația juridică asupra căreia a statuat astfel ÎCCJ își găsește aplicabilitatea, pentru identitate de rațiune și în prezenta speță, odată ce Decizia CNSC nr. 662/C2/502 din 01.04.2021 a anulat decizia de anulare a procedurii în contextul în care, anterior acesteia din urmă, Autoritatea nu informase niciun ofertant despre motivele pentru care ofertele acestora fuseseră declarate neconforme, astfel că se va aprecia că Procedura se afla încă în faza analizării ofertelor din punct de vedere tehnic.

În plus, instanțele naționale au stabilit că „în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește *posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le-a fost adresată*”³.

Dispozițiile legale și jurisprudența amintită conturează contextul în care urmează a fi solicitate clarificările precum și modalitatea în care se va face acest demers. Tocmai de aceea subliniem că în speță solicitarea suplimentară de clarificări a Autorității contractante era obligatorie, date fiind următoarele împrejurări:

- Caracteristica tehnică la care face referire Autoritatea a rezultat din Răspunsul consolidat nr. 1/11.09.2020 dat de aceasta în timpul procedurii, iar nu din documentația inițială;
- Chiar autoritatea, menționează constant în Procesul Verbal nr.14475/26.01.2021, față de diferite aspecte că „*s-ar fi putut solicita clarificări*”, rezultând că Autoritatea a avut în vedere această posibilitate doar în sens formal, fără a o valorifica efectiv, deși se impunea acest lucru.
- Răspunsul dat de Autoritate a fost interpretat diferit de Autoritate față de interpretarea dată de cel puțin 3 (!) ofertanți dintre cei 6, singurul ofertant a cărui ofertă a fost declarată conformă fiind
- În ceea ce privește pe subscrisa, soluția tehnică oferită de noi satisface condiția impusă de Autoritate inclusiv în interpretarea acesteia, astfel că o solicitare de clarificări ar fi lămurit aceste aspecte;
- Procedura a fost continuată în urma anulării deciziei de anulare a procedurii conform Raportului procedurii nr. 33302/22.02.2021. În contextual în care anterior momentului deciziei CNSC nu fuseseră notificați ofertanții despre motivul declarării ca neconforme ale ofertelor acestora, este evident că Autoritatea trebuia să continue procedura prin analizarea sub toate aspectele a ofertelor transmise.

Practic, procedând de maniera expusă anterior, Autoritatea contractantă a favorizat ofertantul a cărui ofertă a fost considerată conformă fără a se solicita vreunui alt ofertant clarificări, în

³ Curtea de Apel Craiova, Decizia nr. 164/22.01.2020, Secția Contencios administrativ și fiscal, citând Hotărârea CJUE din 7 aprilie 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14.

contextul în care răspunsul dat de Autoritate prin Răspunsul consolidat nr. 1/11.09.2020, în interpretarea acesteia și în lipsa unor clarificări ale celorlalți ofertanți restrânge artificial concurența între ofertanți, scopul fiind acela de a favoriza

Conform art. 50 din Legea nr. 98/2016: „(1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.*(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”. Așa cum arătam, în speță, prin interpretarea Răspunsului consolidat nr. 1/11.09.2020 de către Autoritate și fără solicitarea de clarificări suplimentare, Autoritatea a conturat cadrul licitației pentru a favoriza ofertantul | deoarece a apreciat oferta acesteia ca fiind conformă fără a analiza efectiv din punct de vedere tehnic soluțiile celorlalți ofertanți în raport de capacitatea reală a acestora, dar și față de soluția propusă cu privire la răcirea motorului. În acest sens, cel mai relevant exemplu este faptul că subscrisa, prin oferta transmisă, aveam capacitatea tehnică de a satisface cerința impusă inclusiv prin interpretarea Autorității, astfel cum vom dezvolta *infra* (motorul avea răcire atât cu aer, cât și cu lichid).

De altfel, raportat la dispozițiile art. 156 din Legea nr. 98/2016, aceasta avea obligația de a stabili specificațiile tehnice în acord cu criteriile prevăzute la alin. 1, fiind prohibită de lege respingerea ofertei pe motiv că produsele nu sunt conforme specificațiilor tehnice la care se face trimitere, **dacă ofertantul poate demonstra prin mijloace adecvate (inclusiv clarificări) că soluțiile propuse îndeplinesc într-un mod echivalent cerințele definite prin specificațiile tehnice** (art. 156 alin. 4-6 din Legea nr. 98/2016).

2. Soluția tehnică propusă de subscrisa cuprindea ambele variante de răcire, cu aer și lichid, pentru motorul cu tracțiune:

Principala noastră susținere este aceea că prevederea privind caracteristica tehnică pentru care s-a dat de către Autoritate răspunsul la întrebarea nr. 7 din răspunsul consolidate nr.132723/11.09.2020 se interpretează, astfel cum rezultă chiar din formularea Autorității, în sensul că sunt acceptate ca și conforme atât ofertele care prezintă soluția de răcire cu aer, cât și ofertele care prezintă soluția de răcire cu lichid a motorului. Astfel, termenul „suplimentar” din interiorul răspunsului, în contextul respectiv, trebuie interpretat în sensul că suplimentar le lângă autobuzele cu motoare electrice răcite cu aer se acceptă și autobuze cu motoare electrice răcite cu lichid.

Având în vedere răspunsul Autorității contractante la întrebarea nr. 7 din răspunsul consolidate nr.132723/11.09.2020 **“Autoritatea contractanta este de acord si cu ofertarea autobuzelor cu motoare electrice racite cu aer și suplimentar cu lichid, ca variante constructive, in condițiile in care parametrii tehnici ai motoarelor corespund cerintelor caietului de sarcini”**, precum și poziția constantă a autorității de a nu îngradi concurența am considerat, la ofertare, că se accepta ambele variante constructive de răcire a motorului deoarece nu s-a menționat niciodată că

⁴ Subliniem, sub acest aspect, că a mai câștigat o licitație anterioară, cu un obiect similar, organizată de aceeași Autoritate contractantă.

aceste sisteme trebuie să existe simultan ci, doar aer, sau, suplimentar față de cerința inițială a caietului de sarcini, varianta constructivă de răcire motor cu lichid.

Mai mult decât atât, chiar operatorul economic care a adresat întrebarea numărul 7 arată autorității contractante avantajele răcirii motorului cu lichid:

- *Sunt solutii tehnice mai noi, mai modern, mult mai performante, eficiente, fiabile si sigure in exploatare. Se diminueaza zgomotul produs.* Caracteristică superioară a motoarelor răcite cu lichid față de cele răcite cu aer;
- *Asigura pentru motor temperature optima de functionare indiferent de conditiile meteo si climatice exterioare, marind durata de viata a motorului.* Caracteristică superioară a motoarelor răcite cu lichid față de cele răcite cu aer;
- *Elimina neajunsurile canalizatiilor de racire cu aer care pot permite accidental patrunderea apei in contact cu bobinajele.* Caracteristică superioară a motoarelor răcite cu lichid față de cele răcite cu aer;

Așa cum am arătat mai sus, o solicitare de clarificări din partea Autorității ar fi avut ca efect un răspuns prin care subscrisa ar fi arătat ca **motorul de tracțiune ce echipează autobuzul electric oferit are un sistem de control al temperaturii modern ce funcționează pe baza unui circuit interior cu lichid pentru transfer termic. Racirea exterioara a acestui sistem de control al temperaturii motorului de tracțiune se realizează cu aer autoventilat, conform schitelor anexate.**

Pentru aceste motive, raportat la interpretarea răspunsului la întrebarea 7 dat de Autoritate și astfel la caracteristicile tehnice solicitate, urmează a se stabili că oferta subscrisei este conformă din punct de vedere tehnic, fiind îndeplinită și singura condiție despre care se arată că nu ar fi fost dovedită.

3. Autoritatea trebuia să declare ca neconformă oferta]

3.1. Astfel, în primul rând, astfel cum rezultă din Procesul verbal de evaluare tehnică din 26.01.2021 încheiat de Autoritatea contractantă (comunicat nouă abia în data de 27.05.2021), produsul oferit de este un autobuz prototip, așadar care încă nu a fost produs în serie, producția urmând a începe după semnarea contractului de achiziție. Concluzia cu privire la tipul de produs oferit de se desprinde din specificația tehnică privind numărul de călători (91 de călători) oferită chiar de acesta, în condițiile în care se cunoaște că autobuzul prototip promovat în prezent de are acest număr de călători (spre deosebire de cealaltă variantă de autobuz promovată de acest furnizor).

De asemenea, având în vedere că Autoritatea nu ne-a permis accesul la dosarul licitației în mod complet, nu se cunoaște niciun aspect cu privire la modalitatea sau locația de producție. Oricum, în contextul în care oferta propusă de se referă la un autobuz prototip, Autoritatea avea obligația de a solicita toate clarificările necesare care să ateste posibilitatea de producție și autorizare a acestuia în ipoteza atribuirii contractului către acest ofertant.

3.2. În ceea ce privește specificațiile tehnice concrete, din Procesul verbal de evaluare tehnică din 26.01.2021 încheiat de Autoritatea contractantă reiese că a oferit garanție extinsă a produsului, respectiv 8 ani față de cerința de 5 ani introdusă de Autoritate.

Or, a oferta o garanție cu 3 ani mai mare decât garanția solicitată de Autoritate implică, automat, creșterea costului pentru fiecare produs și astfel o creștere a prețului final oferat. În acest sens arătăm că potrivit documentelor atașate, anunțurile de atribuire a unor contracte de achiziție pentru produse similare în România se referă, de fiecare dată, la o garanție de 5 ani. Tot în acest sens arătăm că rațiunea pentru care garanția minima solicitată este de 5 ani este aceea că bateria electrica care echipează fiecare autobuz are o durată de viață de 5-6 ani, astfel că se încearcă eliminarea riscului ca acesta să se defecteze în interiorul perioadei normale de viață.

Garanția oferită de [redacted] nu este așadar una serioasă, deoarece nu are corespondent în realitatea concretă de pe piață, astfel că nu este, în realitate, una asumată. Totodată, în contextul în care [redacted] a oferat un autobuz prototip, care nu este încă omologat (și despre care nu se cunoaște că va fi efectiv omologat), este evident că acesta nu poate cunoaște durata estimată de viață a bateriei și nu poate face aprecieri reale cu privire la perioada de garanție care trebuie oferită.

În același timp, garanția extinsă trebuie raportată la prețul oferat, în contextul în care oferirea unei perioade mai mari de garanție atrage, din punct de vedere economic, creșterea costului pentru fiecare autobuz. În legătură cu acest aspect arătăm că, pe piață, costul normal al unei baterii care echipează autobuzul este de aproximativ 121.000 Euro, respectiv 25-30 % din costul autobuzului. În contextul în care durata de viață a bateriei este de 5-6 ani (conform celor precizate anterior), rezultă că în timpul perioadei de garanție oferată de [redacted] (8 ani), acesta ar fi nevoit să schimbe bateria pentru toate cele 30 de autobuze, rezultând un cost aproximativ de 3.360.000 Euro (aproximativ 18.150.000 lei). Însă, un astfel de cost suplimentar nu se reflectă în prețul oferat, care este cu aproximativ 16.000.000 lei mai mic decât valoarea estimată de Autoritate.

3.3. De asemenea, raportat la criticile noastre anterioare, conform cărora oferta noastră trebuia declarată conformă, se impune a se arăta că aceasta era superioară ofertei [redacted] din punct de vedere tehnic, la criteriul „număr de călători”/autobuz. Astfel, în timp ce oferta [redacted], declarată câștigătoare, propune un număr de 91 de călători/autobuz, oferta noastră prezintă un număr de 102 călători/autobuz, astfel că ar fi beneficiat de punctaj maxim pentru acest criteriu.

3.4. În Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 88935/19.05.2021 nu există niciun element a cărui analiză să conducă la concluzia că oferta reprezintă „cel mai bun raport calitate-preț”, în sensul dispozițiilor art. 187 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât nu se indică niciun factor de evaluare efectivă a ofertei dintre cele amintite de legiuitor. Sub acest aspect subliniem că aplicarea criteriului de atribuire trebuia făcută în condițiile reanalizării tuturor ofertelor din punct de vedere tehnic, astfel cum am arătat anterior, astfel că în urma unor clarificări transmise de ofertanți, sens în care rezultă că subscrisa îndeplineam cerințele din punct de vedere tehnic, analiza raportului calitate-preț nu se face exclusiv prin raportare la preț, deoarece nu este aplicat criteriul celui mai mic preț oferat, ci trebuie avute în vedere și alte elemente.

Oricum, raportat la prețul oferat de [redacted] și acceptat fără rezerve sau solicitări suplimentare de către Autoritate, practic se transformă criteriul de atribuire din „cel mai bun raport calitate-preț” în „prețul cel mai scăzut”, odată ce punctajul obținut de [redacted] pentru prețul extrem de mic oferat face ca punctajul pentru criteriile tehnice să fie inutil, modificând astfel criteriul de atribuire.

3.5. Autoritatea nu și-a îndeplinit obligația prevăzută de art. 210 alin. 1 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă”.

Astfel cum rezultă din Raportul procedurii din 17.05.2021, a oferat prețul de 61.590.000, 00 lei+TVA, în condițiile în care valoarea estimată a achiziției a fost stabilită de Autoritate la 77.568.706, 00 lei + TVA. În contextul în care este de notoritate că valoarea estimată stabilită de Autoritate este îndreptată spre minimumul valorii produselor disponibile pe piață (cu atât mai mult cu cât urmau a fi achiziționate un număr de 30 de autobuze, iar nu un singur autobuz), este evident că propunerea financiară a este neobișnuit de scăzută (diferență de 16.000.000 lei+TVA!) în raport cu produsele care constituie obiectul contractului, Autoritatea neîndeplinindu-și obligația de a solicita clarificări efective, respectiv de a stabili, conform documentației primite de la că prețul este unul nereserios.

În aceste condiții, se impune aplicarea dispozițiilor art. 136 alin. 3 din HG nr. 395/2016: „(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.”

În deciziile sale anterioare asupra acestui aspect, CNSC a stabilit următoarele:

- „este obligatorie verificarea de către autoritatea contractantă a tarifelor orare prezentate în oferta financiară, tarife care trebuie să fie fundamentate economic” – Decizia nr. 228/C10/2898 din 01.02.2021
- „Autoritatea contractantă, în mod nelegal, a declarat ofertele depuse ca fiind admisibile, analizând cu superficialitate propunerile financiare și răspunsul la solicitările de clarificări”; „autoritatea contractantă, în etapa de analiză a fundamentării propunerii financiare ar fi trebuit să țină cont de toate drepturile și obligațiile ce decurg din prevederile legale în vigoare, astfel încât operatorii economici să nu vicieze rezultatul procedurii prin reduceri de costuri/tarife orare/salarii (...) și în etapa de verificare a justificării ofertelor depuse,

*autoritatea contractantă ar fi trebuit să dea dovadă de rigoare și să evalueze/clarifice informațiile și documentele furnizate de respectivii ofertanți, pentru a se asigura de realitatea și sustenabilitatea acestora”; „pretul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante”; „autoritatea contractantă nu poate accepta ofertarea unor tarife pentru un contract care se va implementa în viitor – având la bază costuri care, în mod cert, nu vor putea fi respectate și care la momentul depunerii ofertelor erau sau trebuiau cunoscute de operatorii economici” – **Decizia nr. 1853/C11/1958, 1968 din 08.10.2020.***

În același sens, jurisprudența a arătat că „*autoritatea contractantă avea obligația de a se conforma dispozițiilor art. 136 din HG nr. 295/2016, în situația în care comisia de evaluare constată că elementele de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute și să solicite petentei explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire*”⁵.

Cu titlu de exemplu arătăm că în alte proceduri de achiziție similare derulate în țară, valoarea totală estimată a achiziției/autobuz se situează în plaja 490.000-550.000 Euro/autobuz. În ceea ce privește licitația derulată de Autoritate în speță, valoarea este de aproximativ 513.000 Euro/autobuz, **confirmându-se susținerea noastră în sensul că astfel de proceduri au în vedere o valoare orientată spre minimul valorilor disponibile pe piață.** În același sens:

- în procedura pornită de MDRAP „Achiziționarea de 131 autobuze electrice cu lungimea de cca. 12m destinate transportului public urban de călători, operabile în condiții de deal”, valoarea estimată a achiziției pentru un lot de 20 de autobuze 12m și 20 de stații de încărcare a fost de 55.500.000 lei+TVA – și a fost atribuită la un preț de 516.200 Euro/autobuz.
- în procedura pornită de Mun. Brașov „Privind achiziția a 20 autobuze hibrid-electric de cca. 18m lungime și 32 autobuze electrice de cca. 12m, destinate transportului public urban de călători în municipiul Brașov”, valoarea estimată a achiziției pentru un lot de 32 de autobuze electrice de 12m este de 75.633.613,45 lei+TVA, și a fost atribuită la un preț de 490.000 Euro/autobuz.
- În procedura pornită de MDRAPP „Achiziționarea de 51 autobuze electrice de cca. 12m destinate transportului public urban de călători în relief de șes”, valoarea estimată a achiziției pentru un lot de 51 de autobuze de 12 m a fost de -141.375.000 lei+TVA, și a fost atribuită la un preț mediu de 540.000 Euro/autobuz.

Luând în considerare toate cele expuse, este aproape imposibil ca să oferteze un preț de aproximativ 406.000 Euro/autobuz, în condițiile în care acesta trebuie să ia în considerare și garanția

⁵ Curtea de Apel Craiova, Decizia nr. 248/26.01.2017, Secția de contencios administrativ și fiscal.

extinsă (8 ani în loc de 5 ani) și necesitatea înlocuirii bateriei în perioada de garanție (aproximativ 121.000 Euro/autobuz). Așadar, prețul ofertat nu este serios și sustenabil, iar scopul procedurii de atribuire este acela de a asigura finalitatea efectivă a acesteia, respectiv de a obține executarea conformă a contractului de achiziție. Or, în contextul atâtor incertitudini cel puțin aparente cu privire la capacitatea efectivă a contractantului de a finaliza contractul în sensul livrării tuturor autobuzelor și a executării obligației de garanție, Autoritatea avea obligația de a constata că oferta acesteia nu este conformă deoarece nu se poate încadra în cerințele solicitate.

Conform celor expuse anterior, este evident că există obligația Autorității de a verifica temeinic justificarea prețului de către în contextul în care valoarea ofertată este cu mult sub valoarea estimată a achiziției, fiind aplicabile dispozițiile art. 210 alin. 1 din Legea nr. 98/2016. Mai mult, analiza justificărilor prezentate de trebuie să fie reală și serioasă, iar nu superficială și poate să constituie motiv de declarare ca neconformă a ofertei în contextul în care Autoritatea concluzionează că ducerea la îndeplinire a obligațiilor care ar rezulta din contractul de achiziție este nesustenabilă în condițiile de preț ofertate.

II. În subsidiar, având în vedere motivele expuse *supra*, precum și motivele suplimentare detaliate *infra*, în ipoteza în care veți aprecia că motivele invocate nu justifică anularea doar a Raportului procedurii și a Comunicării privind rezultatul procedurii, deoarece viciile procedurii nu mai pot fi remediate, apreciem că se impune să dispuneți anularea Procedurii:

În primul rând, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. 2 lit. c) din Legea nr. 101/2016 raportat la motivele de anulare prevăzute de art. 212 din Legea nr. 98/2016, vă solicităm să aveți în vedere că soluția anulării procedurii se impune în măsura în care soluția de anulare a Raportului procedurii și a Comunicării privind rezultatul procedurii, cu consecința declarării ca neconforme a ofertei și declarării ca fiind conformă a ofertei subscrisei nu este suficientă pentru remedierea procedurii, **cu luarea în considerare a tuturor motivelor expuse anterior.**

Suplimentar, arătăm că există următoarele motive pentru anularea procedurii, în condițiile în care Autoritatea nu a respectat principiul transparenței și a egalității de tratament:

1. Referitor la încălcarea de către Autoritate a obligației de transparență, arătăm că aceasta a refuzat să ne pună la dispoziție informațiile relevante din dosarul de achiziție. În acest sens, am formulat două solicitări (nr. 102/13.04.2021 și nr. 121/18.05.2021), iar Autoritatea ne-a transmis doar parțial un set de documente, anonimizate cu privire la aspectele relevante, ca urmare a solicitării din 18.05.2021, abia în data de 24.05.2021.

Astfel, Autoritatea și-a încălcat obligația prevăzută de art. 217 alin. 6 din Legea nr. 98/2016 de a asigura accesul neîngrădit al ofertantului la informațiile din dosarul de achiziție. De altfel, nici până în prezent Autoritatea nu ne-a oferit accesul la documentele relevante din care putem extrage informații pentru formularea prezentei contestații, în special cele referitoare la oferta Deși nu există un răspuns oficial al Autorității cu privire la motivul pentru care ne este îngrădit accesul în acest mod, arătăm că nu pot fi incidente dispozițiile art. 57 din Legea nr. 98/2016, în contextul în care **nu există dovada că ofertantul a depus documente care conferă caracterul de confidențialitate a acestor informații, raportat la prevederile art. 57 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât art. 65 din același act normativ stabilește drept termen limită a**

caracterului confidențial al ofertelor (caracter raportat însă la dispozițiile art. 57 alin. 4), data publicării raportului procedurii.

Apreciem că atitudinea Autorității, în contextul comportamentului avut în tot cursul procedurii (emiterea unui răspuns la clarificări care a fost interpretat distinct față de ofertanți și care s-a dovedit decisiv în declararea tuturor ofertelor – mai puțin cea – ca neconforme, necomunicarea Raportului procedurii din 22.02.2021, refuzul de a formula plângere față de Decizia CNSC nr. 662/C2/502 din 01.04.2021) este una care dovedește lipsa de transparență și favorizarea unui singur ofertant -

Nu în ultimul rând, atragem atenția asupra deciziei Autorității de a nu formula plângere față de Decizia CNSC nr. 662/C2/502 care îi era defavorabilă acesteia. Prin această atitudine, în contextul în care prin Raportul procedurii din 22.02.2021 prin care luase și decizia anulării procedurii, anulată ulterior de CNSC, declarase neconforme și toate celelalte oferte în afară de (raport necomunicat), Autoritatea a creat o aparență de lipsă de interes a ofertanților în contestarea declarării ofertelor acestora ca neconforme (deși, în lipsa unei motivări, nu exista temei pentru o astfel de contestație). Cu toate acestea, motivul reținut de Autoritate pentru a declara singură anularea Procedurii nu era unul temeinic, motiv pentru care a și fost admisă contestația față de CNSC, conturându-se astfel o modalitate de favorizare a singurului ofertant care a formulat contestație, pentru că era singurul care justifica un interes la acel moment.

2. Referitor la încălcarea principiului egalității de tratament și a principiului transparenței, trebuie avută în vedere și modalitatea de modificare a cerințelor tehnice și a interpretării acestora de către Autoritate.

În primul rând, conform art. 154 din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”. În condițiile în care Autoritatea a emis un răspuns la solicitările de clarificare, pe care ulterior l-a interpretat într-o manieră proprie, distinctă față de cel puțin 3 dintre ofertanți (toți) cu experiență, **fără a le solicita clarificări cu privire la modul de îndeplinire a cerinței tehnice**, aceasta nu a realizat o informare corectă și precisă cu privire la condițiile tehnice ale achiziției.

În Hotărârea pronunțată în Cauza C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*, CJUE a stabilit că „Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată). Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le-a stabilit. Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice” (para. 26 și 27 din Hotărâre). Astfel, odată ce Autoritatea a modificat efectiv cerințele tehnice în timpul procedurii prin introducerea unor cerințe pe care le-a apreciat alternative, în **lipsa solicitărilor de clarificări de la ofertanți**, aceasta a favorizat exclusiv un singur

oferant – , cu care, de altfel, încheiase și anterior un contract de achiziții publice pentru produse similare.

În dovedire, înțelegem să ne folosim de proba cu înscrisurile atașate și solicităm atașarea în regului dosar al procedurii de achiziție.

Având în vedere că Autoritatea contractanta a pus la dispoziția societății noastre procesele verbale solicitate, dar totuși nu a permis vizualizarea informațiilor publice consemnate de comisia de evaluare în procesele verbale cu privire la conformitatea ofertei oferantului declarat câștigător, precum și pentru că nu se cunosc detalii concrete cu privire la modelul de autobuz oferat de oferantul declarat câștigător (pentru a putea aprecia asupra caracteristicilor tehnice, în special dacă se va dovedi că acesta este un prototip la acest moment), în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016 și pentru respectarea dreptului la apărare, vă solicităm să permiteți accesul societății noastre la documentele dosarului constituit la Consiliu, inclusiv la procesele verbale mai sus menționate și la oferta din care rezultă produsul oferat, fără ascunderea (marcarea cu "Confidențial") a datelor consemnate de comisia de evaluare.

Totodată, anexăm dovada consemnării cauțiunii conform dispozițiilor art. 61¹ alin. 1 lit. b) din Legea nr. 101/2016.

28.05.2021

**DOMNULUI PREȘEDINTE AL CONSILIULUI NAȚIONAL PENTRU
SOLUȚIONAREA CONTESTAȚIILOR**