

CONSILIUL NATIONAL DE SOLUTIONARE A CONTESTATIILOR

M. Dobrescu -
26-10-2021



DOAMNA PRESEDINTE,

Subscrisa, **ANADOLU AUTOMOBIL ROM S.R.L.**, cu sediul in Romania, Ciolpani, IF, Sos. Bucuresti - Ploiesti nr. 110, cod postal 077050, avand numar de inregistrare la Registrul Comertului J23/1349/2006 si cod unic de inregistrare RO13610337, reprezentata legal de dl. Aykol Huseyin Ulvi, in calitate de Administrator (in continuare „Anadolu” si/sau „Subscrisa”),

reprezentata conventional de catre „MUSAT & ASOCIATII” S.p.a.r.l., cu sediul profesional in Bucuresti, B-dul Aviatorilor nr. 43, sector 1, tel. 021.202.5900; fax: 021.223.3957; e-mail: departament.litigii@musat.ro, unde, in temeiul dispozitiilor art. 158 alin. (1) C. pr. civ., intelegem sa ne alegem sediul procesual si va solicitam comunicarea tuturor actelor de procedura efectuate in prezentul demers, persoana insarcinata cu primirea corespondentei fiind Laura Misca,

in contradictoriu cu

- (i) **ORASUL Bumbesti-Jiu, prin Primar**, dl. Ing. Constantin Bobaru, cu sediul in Strada Paringului nr. 101, Bumbesti-Jiu, jud. Gorj, Romania, cod postal 215100, avand cod fiscal 4666002, E-mail: primaria@bumbesti-jiu.ro, birou.achizitii@bumbesti-jiu.ro, telefon: +40 253463465/ +40 253463463, fax:+40 253463872 (in continuare „Autoritatea contractanta”),

AVAND IN VEDERE:

- Procedura de achizitie publica, „*Licitatie deschisa*”, organizata de ORASUL Bumbesti-Jiu, in calitate de Autoritate contractanta, in vederea atribuirii contractului de achizitie publica avand ca obiect „*Achizitie autobuze electrice*”, conform anuntului de participare nr. [CN1031131]/21.05.2021 publicat pe site-ul www.e-licitatie.ro („Procedura”);

¹ <https://www.e-licitatie.ro/pub/notices/c-notice/v2/view/100120275>

- Raportul procedurii nr. 13411/14.10.2021 astfel cum a fost încarcat în SEAP la data de 14.10.2021 și Comunicarea nr. 13412/14.10.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii și decizia Autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei depuse de Anadolu în Procedura, în raport de dispozițiile art. 137 alin. (3) litera a) din HG nr. 395/2016,

În temeiul dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) coroborat cu art. 26 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și caile 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 Contestărilor (în cele ce urmează „**Legea nr. 101/2016**”), formulăm în termen legal, prezenta,

CONTESTATIE

împotriva (i) Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021, precum și (ii) a tuturor actelor procedurii, anterioare, concomitente și/sau subsecvente încheiate de către Autoritatea contractantă în cadrul procedurii contestate, solicitându-va ca, în raport de argumentele care vor fi expuse în continuare, să dispuneți următoarele:

- 1. Anularea Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021 privind comunicarea rezultatului evaluării propunerilor ofertanților în privința declarării ofertei New Kopel Car Import S.R.L.² drept admisibilă și ofertei BMC Truck & Bus S.A.³ drept ofertă admisibilă și castigatoare;**
- 2. Pe cale de consecință, declararea ca neconforme și, în consecință, ca inadmisibile a ofertelor depuse de BMC și NEW KOPEL;**
- 3. Anularea tuturor actelor procedurii anterioare Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021, ce fundamentează adoptarea măsurilor din Raportul procedurii nr. 13411/14.10.2021, precum și a tuturor actelor concomitente și/sau subsecvente Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021 și a celor conexe transmiterii acestuia de către Autoritatea contractantă;**
- 4. În consecință celor de mai sus, anularea întregii Proceduri în condițiile incidentei prevederilor art. 212 din Legea 98/2016, având în vedere că nu pot fi dispuse de către Autoritatea contractantă niciun fel de măsuri de remediere în prezenta Procedura, care să permită reluarea și continuarea Procedurii în condiții de legalitate.**

Pentru a vă pronunța în sensul celor solicitate, Consiliul este rugat să aibă în vedere următoarele:

² În continuare, „NEW KOPEL”.

³ În continuare, „BMC”.

MOTIVE

1. SCURTA PREZENTARE A SITUATIEI DE FAPT

In fapt, in temeiul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice („**Legea 98/2016**”), prin publicarea pe site-ul www.e-licitatie.ro a anuntului de participare nr. 2961/19.01.2018, Autoritatea contractanta a initiat procedura de achizitie publica in vederea atribuirii contractului avand ca obiect „*Achizitie autobuze electrice*”, avand o valoare estimata de 6.049.994.46 lei (fara TVA).

Operatorii economici interesati de prezenta procedura, au formulat o serie de solicitari de clarificare cu privire la documentatia de atribuire din prezenta Procedura, Autoritatea contractanta raspunzand la acestea prin Raspunsul consolidat nr. 8506/17.06.2021 („**Raspunsul consolidat**”).

Impotriva Raspunsului consolidat, in ziua depunerii ofertelor, si anume la data de 28.06.2021, operatorul economic BMC TRUCK & BUS S.A. (devenit si ofertant in cadrul procedurii) a formulat contestatie („**Contestatia BMC**”), care a fost solutionata prin Decizia CNSC nr. 1551/C4/1604 din data de 16.07.2021 („**Decizia CNSC**”).

Unul dintre aspectele care au facut obiectul solicitarilor de clarificare a 3 (trei) operatori economici, inclusiv BMC – astfel cum a fost indicat inclusiv in Contestatia BMC, a constat in solicitarea modificarii cerintei privind limitatorul de viteza de la 100 km/ora la 70 km/h. Desi au fost zeci de proceduri de licitatii pentru achizitia de sute de autobuze electrice in Romania, Autoritatea Contractanta in speta de fata (Orasul Bumbesti – Jiu, prin Primar) a introdus „aceasta cerinta” cel puțin abuziva, fara sa studieze printre producatorii de autobuze electrice daca exista macar un produs care sa satisfaca acesta cerinta minima privind limitatorul de viteza de la 100 km/ora. Prin Decizia CNSC, Consiliul inasa a considerat ca aceasta cerinta este legala, pastrand-o in cuprinsul documentatiei de atribuire si respingand ca nefondate criticile formulate de BMC pe acest aspect.

Din analiza Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021, Subscrisa am constatat ca, din cele 3 oferte depuse in prezenta Procedura (i.e., Anadolu, BMC si NEW KOPEL) doar oferta Anadolu a fost declarata ca neconforma sub aspectul valorilor ofertate pentru limitatorul de viteza care „*sunt inferioare celor solicitate prin Caietul de Sarcini, nesatisfacand in mod corespunzator cerintele acestuia*”. Suntem suprinși inasa de evaluarea efectuata de Autoritatea contractanta cu privire la ofertele depuse in prezenta Procedura, pentru argumentele expuse pe larg in cele ce urmeaza.

In consecinta, considerand nelegala si netemeinica evaluarea Autoritatii contractante, astfel cum a fost sumarizata in Raportul final al procedurii nr. 13411/14.10.2021 (in continuare, „**Raportul procedurii**”) (**Anexa nr. 1**), formulam prezenta contestatie.

2. FORMULAREA IN TERMEN LEGAL A CONTESTATIEI

Sub acest aspect, va rugam sa observati ca prezenta contestatie a fost formulata in termenul prevazut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, avand in vedere ca valoarea estimata a contractului de achizitie publica ce face obiectul procedurii de atribuire organizata de **ORASUL Bumbesti-Jiu** [i.e., 6.049.994.46 lei (fara TVA)] excedeaza valoarea prag prevazuta de art. 7 alin. (1)⁴ din Legea nr. 98/2016 pentru care este obligatorie publicarea anuntului de participare in Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, rezulta ca termenul de formulare a Contestatiei este de **10 (zece) zile**:

„[...] incepand cu ziua urmatoare luarii la cunostinta despre actul autoritatii contractante considerat nelegal, in cazul in care valoarea estimata a procedurii de achizitie publica/sectorial sau de concesiune este egala sau mai mare decat pragurile valorice in raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare catre Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunturilor de participare, potrivit legislatiei privind achizitiile publice, legislatiei privind achizitiile sectoriale sau legislatiei privind concesiunile de lucrari si concesiunile de servicii”.

Asadar, prin raportare la data comunicarii Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021, Consiliul este rugat sa constate ca termenul de 10 (zece) zile pentru formularea Contestatiei se implineste la data de **25.10.2021** (in consecinta implinirii initiale a termenului intr-o zi nelucratoare, i.e., duminica, 24.10.2021), respectiv la expirarea ultimei ore a acestei zile, cu consecinta formularii prezentei contestatii in termen legal.

3. NELEGALITATEA SI NETEMEINICIA EVALUARII EFECTUATE DE AUTORITATEA CONTRACTANTA IN RAPORT DE NECONFORMITATEA OFERTELOR DEPUSE DE BMC SI NEW KOPEL

3.1. Neconformitatea ofertelor depuse de BMC SI NEW KOPEL sub aspectul lipsei unor documentatii de omologare conforme care sa ateste, la data ofertei, indeplinirea tuturor cerintelor tehnice minime

Sub un prim aspect, aducem in atentia Consiliului faptul ca, potrivit cerintelor Caietului de Sarcini (**Anexa nr. 2**), au fost solicitate **expres** urmatoarele:

- 1) *Autobuzele electrice **ofertate trebuie sa detina omologarile** acordate de catre autoritatile competente din statele membre ale Uniunii Europene, in categoria M3*

⁴ i.e., pragul de la lit. b) 649.895 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de produse și de servicii; respectiv lit. c) 1.000.557 lei, pentru contractele de achiziții publice/acordurile-cadru de produse și de servicii atribuite de consiliul județean, consiliul local, Consiliul General al Municipiului București, precum și de instituțiile publice aflate în subordinea acestora.

clasa I [...] (a se vedea pag. 11 din Caietul de Sarcini), iar **oferantul** trebuia sa prezinte copiile cu semnatura electronica extinsa ale documentatiei de omologare a autobuzelor electrice din care sa rezulte ca:

- Autovehiculele **oferate sunt omologate cu certificat de omologare nationala de tip** pentru autovehiculele fabricate in serii mici emis de RAR

sau

- Autovehiculele **oferate au certificat de omologare de tip CE** emis de autoritatile competente

In raport de aceasta cerinta, se observa ca, la momentul ofertarii, autobuzele oferite de fiecare ofertant trebuiau sa detina certificat de omologare cu certificate de omologare de tip.

Niciun ofertant nu a indeplinit prin ofertele depuse cerinta minima din caietul de sarcini privind limitatorul de viteza la valoare de 100 km/ora (existand chiar si o contestatie a BMC care confirma, ca nu are un produs care sa satisfaca aceasta cerinta), totusi BMC si NEW KOPEL au gasit de cuviinta sa admita in ofertele tehnice depuse de acestea ca ei indeplinesc aceasta cerinta, mai mult ca sigur, pentru a nu fi descalificate de catre Autoritatea Contractanta, care a fost inflexibila la toate solicitarile si nu a vrut sa admita ca aceasta cerinta nu poate fi satisfacuta de niciun vehicul aflat in vanzare pe piata mondiala.

In plus, coreland aceasta cerinta cu cerintele de la sub-sectiunea 3.4.1. *Produse solicitate* din Caietul de Sarcini (pag. 9-10), la data ofertarii, certificatele de omologare depuse de ofertanti trebuie sa ateste omologarea corespunzatoare a autobuzelor electrice cu referire la toate cerintele tehnice minimale descrise expres la aceasta sub-sectiunea 3.4.1. din Caietul de Sarcini, inclusiv privind limitatorul de viteza la valoarea de 100 km/ora.

In speta inasa, raportat atat la faptul ca (i) cei trei operatori economici (deveniti si ofertanti) am solicitat clarificari cu privire la scaderea valorii limitatorului de viteza de la 100 km/ora la 70 km/h (a se vedea pag. 2, Intrebarea 3; pag. 8, Intrebarea 1; pag. 9, Intrebarea 1; pag. 10, Intrebarea 2 din Raspunsul consolidat – **Anexa nr. 3**), iar BMC a si contestat limitarea de viteza in sensul scaderii ei de la 100 km/ora la 70 km/h, (ii) cat si la faptul ca in toate celelalte proceduri in care Subscrisa si cei doi ofertanti suntem competitori, nu cunoastem ca acestia sa detina omologari ale autobuzelor electrice oferite depasind valoarea de 70-80 km/h ale limitatorului de viteza.

Prin urmare, raportat la alte proceduri de atribuire in care toti cei trei ofertanti am participat anterior si/sau in paralel cu prezenta Procedura, cunoscandu-ne inclusiv parti din oferte depuse cu privire la produse similare, mentionam ca este imposibil ca BMC si NEW KOPEL sa fi prezentat in ofertele depuse in prezenta Procedura, documentatii de omologare de tip (nationale sau UE) care sa prevada omologarea limitatorului de viteza la valoarea de 100 km/ora.

In sensul sustinerii acestei afirmatii, depunem in exemplificare (**Anexa nr. 4**):

- a. certificatul de omologare al autobuzelor furnizate de Anadolu, astfel cum a fost depus odata cu oferta depusa in Procedura, pentru a va putea referi la continutul unui certificat de omologare de tip, putand observa ca acesta trebuie sa indice inclusiv valoarea limitatorului de viteza;
- b. certificatul de conformitate al autobuzelor furnizate de BMC, astfel cum a fost depus de aceasta intr-o procedura similara, la care am avut acces in etapa studiului dosarului achizitiei publice, din care rezulta expres ca valoarea limitatorului de viteza este tot de 70 km/h.

Nota de clarificare: Va rugam sa aveti in vedere ca in regimul omologării de tip, înainte de introducerea pe piață, tipul vehiculului este testat de un serviciu tehnic național în conformitate cu legislația aplicabila in domeniu. După aceea, autoritatea națională de omologare asigură omologarea pe baza acestor teste. Producătorul poate depune o cerere de omologare în orice țară a UE. Astfel, este suficient ca o singură țară a UE să omologheze un vehicul pentru ca toate vehiculele de acest tip să poată fi apoi înmatriculate fără efectuarea altor verificări pe întreg teritoriul Uniunii Europene pe baza certificatului de conformitate⁵ pe care îl dețin.

Solicitam astfel Consiliului sa evalueze la randul sau ofertele depuse de BMC si NEW KOPEL in sensul verificarii daca, la data ofertarii, acestia au depus certificatele de omologare de tip/certificatele de conformitate care sa prevada expres limitatorul de viteza la valoarea de 100 km/ora. In caz contrar, daca documentatiile de omologare depuse odata cu ofertele celor doi operatori economici nu prevad omologarea limitatorului de viteza la valoarea de 100 km/ora, va solicitam sa constatati ca ofertele depuse de BMC si NEW KOPEL sunt neconforme si, in consecinta, inadmisibile.

- c. ***Daca autobuzele electrice sunt omologate de autoritatile competente din UE, înregistrarea nationala de tip la Registrul Auto Roman (RAR) se va efectua de catre ofertantul declarat castigator, in termen de maxim 60 de zile de la data semnării contractului, pe cheltuiala si raspunderea sa. [...]*** (a se vedea pag. 12 din Caietul de Sarcini).

Pentru evitarea oricarui dubiu, in raport de momentul indeplinirii cerintei, se observa ca, doar înregistrarea nationala de tip la R.A.R. se efectueaza de catre ofertantul declarat castigator (intr-un termen limitat), inasa omologarea de tip a autobuzelor electrice, cu indicarea tuturor cerintelor minime solicitate de documentatia de atribuire, asa cum am indicat mai sus trebuie sa fie confirmata de documentatia de atribuire la data depunerii ofertei.

Nota de clarificare: Inregistrarea nationala de tip⁶ in cazul produselor omologate

⁵ http://publications.europa.eu/resource/cellar/f851bb74-fa41-4b30-9d37-8adbfbf6e7e.0014.03/DOC_1

⁶ https://www.rarom.ro/?page_id=758

de autorități competente din UE se efectuează la R.A.R. în baza cererii solicitantului și a următoarelor documente: 1) copie după certificatul de înmatriculare la Registrul Comerțului; 2) documentul de împuternicire ca reprezentant autorizat al producătorului, după caz; 3) certificat de conformitate (C.o.C.) personalizat (cu codul VIN complet) original pentru fiecare tip/variantă/versiune ce se dorește a se importa în România; 4) certificat WVTA („Whole Vehicle Type Approval”), emis în baza unei directive-cadru; 5) fișa cu date tehnice pentru înregistrarea națională, stampilată și semnată, care va conține toate datele tehnice ce se trec în cartea de identitate (cu diversele opțiuni: anvelope diferite, variații ale dimensiunilor și maselor în funcție de dotări, etc).

Nu există asadar niciun dubiu asupra documentelor care trebuie depuse în prezenta Procedură, a momentelor în timp și a calitatii operatorilor economici, și anume:

- Ofertantul trebuie să depună, la data ofertei, documentația de omologare, care trebuie să prevadă omologarea corespunzătoare a autobuzelor electrice în raport de toate cerințele tehnice minime (inclusiv limitatorul de viteză la valoarea de 100 km/oră); iar
- Ofertantul declarat câștigător, care deține o omologare a unei autorități competente din UE, trebuie să procedeze, suplimentar, la înregistrarea națională de tip la RAR a acelor autobuze electrice, în termen de 60 zile de la semnarea contractului; deci, ulterior ofertei, dar, în toate cazurile, anterior livrării.

3.2. Neconformitatea ofertelor depuse de BMC SI NEW KOPEL sub aspectul depunerii unor documente neadecvate și insuficiente în raport de cerințele exprese ale Caietului de Sarcini

Sub un al doilea aspect, în măsura în care Autoritatea contractantă a acceptat depunerea unor documentații de omologare care nu confirmă îndeplinirea, la data ofertei, a tuturor cerințelor tehnice minime, acceptând orice alte alternative, **solicităm Consiliului să constate ca o atare evaluare a Autorității contractante este neconformă în raport de cerințele exprese ale documentației de atribuire din prezenta Procedură.**

Documentația de atribuire (inclusiv Caietul de Sarcini) s-a definitivat asupra caracterului său obligatoriu prin Raspunsul consolidat, toate cerințele devenind obligatorii pentru participanții la Procedură prin necontestare, respectiv, în cazul celor contestate, urmare a deciziilor CNSC/instanței – în cazul de față, urmare a Deciziei CNSC indicată anterior.

Depunerea de către ofertanții BMC și NEW KOPEL a oricărui alte documente, precum declarații pe proprie răspundere sau a unor angajamente sunt nelegale, insuficiente și nu pot suplini neîndeplinirea unei cerințe clare și exprese a Caietului de Sarcini. Mai mult, acceptarea de către Autoritatea contractantă a unei astfel de declarații din partea ofertanților BMC și NEW KOPEL,

respectiv a asumării îndeplinirii cerințelor de omologare la o dată ulterioară celei a ofertării, în lipsa unei modificări exprese și transparente a cerințelor Caietului de Sarcini și în raport de toți participanții interesați de prezenta Procedură, este nelegală, reprezentând o încălcare gravă a legislației și principiilor care guvernează achizițiile publice, astfel cum vom detalia într-o secțiune separată a prezentei contestații.

În susținerea argumentelor de mai sus, va aduce în vedere și argumentarea instanței de judecată într-un caz similar:

„[...] În acest cadru, mai trebuie menționat că cerințele de ordin tehnic nu pot fi asumate prin declarații date pe proprie răspundere, cum susține intimata, ci trebuie să reiasă din documente tehnice.”

Mai mult, însăși Curtea de Justiție a Uniunii Europene⁸ s-a pronunțat cu privire la acest aspect, conchizând după cum urmează:

„[...] Limitarea propriei puteri de apreciere de către autoritatea contractantă prin definirea condițiilor pe care intenționează să le impună ofertanților.

Totodată trebuie subliniat că în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați.

Caietul de sarcini trebuie interpretat, asadar, din punctul de vedere al principiului conform căruia actele emise de administrație sunt obligatorii pentru aceasta și al principiului respectării egalității de tratament între candidați.”

Sub un al treilea aspect, dacă Autoritatea contractantă avea în vedere permiterea ofertanților de a prezenta, la data ofertei, în lipsa unor documente de omologare conforme și complete, a unor declarații pe proprie răspundere, ar fi trebuit să prevadă expres, clar și transparent o atare posibilitate în documentația de atribuire publicată în SEAP.

În acest mod au procedat, spre exemplu, alte autorități contractante, în proceduri de atribuire vizând

⁷ A se vedea Decizia nr. 647/2021 din 31-mai-2021, Curtea de Apel Alba Iulia, litigiu privind achizițiile publice (Contencios administrativ și fiscal).

⁸ A se vedea Hotărârea CJUE în cauza T-415/10, Nexans France împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, hotărârea din 20 martie 2013, pct. 80.

achiziția unor produse similare (autobuze electrice, 10m), care, au cuprins posibilitatea depunerii, la data ofertării, (i) certificatul de omologare CE pentru vehicul și (ii) a unei declarații pe proprie răspundere cu privire la angajamentul obținerii extinderii omologării de tip, într-un anumit termen anterior primei livrări, care să cuprindă varianta ofertată, deci inclusiv toate cerințele tehnice minime.

În speta însă, Autoritatea contractantă nu a permis prin Caietul de Sarcini și nici nu a clarificat posibilitatea unei astfel de alternative în ofertare la nici un moment anterior depunerii ofertei și/sau prin Răspunsul consolidat, astfel încât, evaluarea ofertelor BMC și NEW KOPEL prin prisma acceptării la data depunerii ofertelor a unor declarații pe proprie răspundere este nelegală și încalcă în mod vădit principiile transparenței și egalității de tratament.

În susținerea argumentelor de mai sus, va aduce în vedere și următoarea argumentare a Consiliului:

„[...] Totodată, Autoritatea Contractantă avea obligația de a se conforma dispozițiilor imperative ale O.U.G. nr. 34/2006 actualizată, care statuează că, în procedura de achiziție publică trebuie respectate principiul egalității de tratament, al transparenței și al nediscriminării, iar evaluarea ofertelor trebuie să se realizeze în mod obiectiv și prin raportare la cerințele Documentației de Atribuire.

Toți participanții la o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică trebuie să beneficieze de o analiză obiectivă a ofertelor, fapt ce nu s-a întâmplat în cazul de față, comisia de evaluare dând dovadă de subiectivism. Obligația de transparență constituie o expresie specifică a principiului egalității de tratament, principiu care și-a dobândit consacarea în jurisprudența Curții Europene de Justiție, care consideră că acest principiu aparține principiilor fundamentale ale dreptului comunitar, pe care statele membre au obligația să le respecte atunci când acționează în acest sens. Acesta figurează printre drepturile fundamentale a căror respectare este asigurată de către Curte⁹.”

În consecința celor expuse, solicităm Consiliului să dispună obligarea Autorității contractante la anularea Raportului procedurii nr. 13411/14.10.2021 și la reevaluarea ofertelor depuse de BMC și NEW KOPEL în sensul declarării acestora ca inadmisibile, cu luarea în considerare a motivelor de neconformitate detaliate mai sus.

3.3. Comportamentul discreționar al Autorității contractante în evaluarea ofertelor depuse în prezenta Procedură, cu încălcarea principiului privind tratamentul egal și nediscriminatoriu, al proportionalității și al transparenței

⁹ A se vedea Decizia CNSC disponibilă la: <https://lege5.ro/App/Document/ge2tonrtgi4q/decizia-privind-contestatia-avand-ca-obiect-asistenta-tehnica-pentru-pregatirea-aplicatiei-de-finantare-si-a-documentatiilor-de-atribuire-pentru-proiectul-regional-de-dezvoltare-a-infrastructurii-de-a?pid=195930359&expression=achizitie%20publica%20egalitate%20#p-195930359>

Conform prevederilor legale din materia achizițiilor publice, Autoritatea contractanta trebuie sa asigure respectarea scopului desfasurarii procedurilor de atribuire a contractelor de achizitie publica, astfel cum acesta este definit prin dispozitiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

- garantarea tratamentului egal si nediscriminarea operatorilor economici;
- proportionalitatea si transparenta procedurii.

Or, Autoritatea contractanta, prin Comisia de evaluare, a incalcat flagrant principiile mai sus aminite in conditiile in care a apreciat **oferta NEW KOPEL drept admisibila si oferta BMC drept oferta castigatoare, iar in ceea ce priveste oferta Subscrisei a fost respinsa ca neconforma „intrucat valorile pentru limitatorul de viteza ofertat sunt inferioare celor solicitate prin caietul de Sarcini, nesatisfacand in mod corespunzator cerintele acestuia,”** cu toate ca, asa cum am indicat anterior:

- (i) toti ofertantii au contestat in raport de Autoritatea contractanta, prin solicitarile de clarificari, cerinta din Caietul de Sarcini in privinta limitatorului de viteza la valoarea de 100 km/ora;
- (ii) BMC a si contestat acesteia cerinta, respectiv Raspunsul consolidat;
- (iii) ofertele nu contin documente justificative care sa ateste indeplinirea in mod corespunzator a cerintei tehnice minime in privinta limitatorului de viteza, astfel cum este impusa de Autoritatea contractanta, respectiv: prezentarea unor certificate de omologare care confirma produsul ofertat cu confirmarea expresa a tuturor cerintelor tehnice minime, iar nu doar declaratii pe proprie raspundere care sa dovedeasca o simpla posibilitate de obtinere a acestora la o data ulterioara ofertarii.

In cuprinsul documentatiei de atribuire ar fi trebuit sa fie indicata expres o atare alternativa, din care sa reiasa in mod nechivoc ca ofertantilor li se permite depunerea si a unor declaratii pe proprie raspundere sau angajamente, ceea ce nu este situatia in cazul de fata.

Or, in masura in care Autoritatea contractanta a interpretat in mod nelegal documentatia de atribuire, modificand practic, in mod extensiv, propriile solicitari si acceptand depunerea inclusiv a unei declaratii pe proprie raspundere (in lipsa unui certificat de omologare care sa confirme integral indeplinirea de catre produsul ofertat a cerintelor minime ale Caietului de Sarcini), o astfel de conduita reprezinta un aspect de natura sa defavorizeze drepturile si interesele Subscrisei si sa favorizeze ceilalti doi ofertantii din Procedura.

In sustinerea celor de mai sus, amintim jurisprudenta constanta a Curtii Europene de Justitie in ceea ce priveste respectarea principiilor egalitatii de tratament si impartialitatii in materia achizițiilor publice, sens in care mentionam cauza C 42/12 Cariera delPAdda S.p.a. impotriva CEM Ambient S.p.a., in care instanta europeana a stabilit ca, pe de o parte, principiul egalitatii de tratament impune ca ofertantii sa dispuna de **aceleasi sanse in formularea ofertelor lor si implica asadar, ca**

aceste oferte sa fie suspuse acelorasi conditii pentru toti ofertantii. Pe de alta parte, obligatia de transparenta are ca scop sa garanteze absenta riscului de favoritism si de arbitrar din partea Autoritatii Contractante.

Pentru intarirea argumentelor expuse mai sus, va aducem in vedere concluziile Curtii de Justitie a Uniunii Europene si in alte doua cauze, dupa cum urmeaza:

1. „[...] Autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților. Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, **impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorasi condiții pentru toți ofertanții.**

Principiul egalității de tratament presupune de asemenea o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale. Acest principiu al transparenței are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini. Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză.¹⁰”

2. „[...] În această privință, principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții **trebuie să se aple pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea**

¹⁰ A se vedea Hotararea CJUE in Cauza T-50/05, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Europene.

sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice.¹¹

Mai mult, consideram ca insasi recunoasterea, chiar si la nivel declarativ, din partea ofertantului castigator a imposibilitatii indeplinirii cerintei tehnice privind limitatorul de viteza de 100 km/h reprezinta inca o dovada care probeaza lipsa de impartialitate si unui rationament tehnic obiectiv a/al membrilor Comisiei de evaluare, cu consecinta incalcarii a principiului egalitatii de tratament in cadrul Procedurii. Aceasta afirmatie are la baza faptul ca, asa cum am indicat anterior, cerinta tehnica privind limitatorul de viteza la valoarea de 100 km/ora a fost contestata de catre BMC, acesta criticand raspunsul la solicitarea de clarificari furnizat de Autoritatea contractanta in Raspunsul consolidat. In raport de data depunerii contestatiei, i.e., data de 28.06.2021, care a fost si data depunerii ofertei, reiese cu atat mai evident ca oferta depusa de BMC la data respectiva nu indeplinea in mod corespunzator aceasta cerinta – respectiv, cel mai probabil, BMC si-a asumat posibilitatea indeplinirii cerintei la o data ulterioara, prin declaratie, iar, documentatia de omologare depusa de aceasta odata cu oferta confirma un limitator de viteza la o valoarea inferioara, iar nu la valoarea de 100 km/ora.

Or, devine inexplicabil cum oferta sa a devenit castigatoare cu punctaj maxim in lipsa documentelor de omologare, la data ofertarii, care sa ateste in concret indeplinirea cerintei tehnica privind limitatorul de viteza la valoarea de 100 km/ora, sens in care apreciem ca fiind vadit subiectiva conduita Comisiei de evaluare a Autoritatii Contractante, care nu a efectuat o evaluare tehnica obiectiva, de natura a asigura echilibrul si tratamentul egal tuturor ofertelor depuse in procedura.

In continuare, supunem atentiei Consiliului faptul ca, respectarea principiului tratamentului egal presupune ca, oricand pe parcursul procedurii de atribuire, sa se stabileasca si sa se aplice reguli, cerinte, criterii identice pentru toti operatorii economici, astfel incat acestia sa beneficieze de sanse egale de a deveni contractanti.

De asemenea, ca principiu fundamental in achizitiile publice, *“autoritatea contractanta are obligatia de a respecta principiul proportionalitatii atunci cand stabileste criteriile de calificare si selectie, precum si nivelul cerintelor minime pe care ofertantii/candidatii trebuie sa le indeplineasca.”*

Totodata, principiul proportionalitatii impune ca actele Autoritatii Contractante sa nu depaseasca limitele a ceea ce este adecvat si necesar in scopul realizarii obiectivelor urmarite, intelegandu-se ca, in cazul in care este posibila o alegere intre mai multe masuri adecvate, trebuie sa se recurga la cea mai putin constrangatoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie sa fie disproportionale in raport cu scopurile urmarite.

Invederam Consiliului inclusiv obligatia Autoritatii contractante de a pune la dispozitia tuturor participantilor interesati de procedura de atribuire a unor informatii clare,

¹¹ A se vedea Hotarara CJUE in Cauza C-396/14, MT Højgaard A/S și Züblin A/S împotriva Banedanmark.

corecte și precise, inclusiv în privința documentelor probante ale cerințelor tehnice minime, care rezidă din 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;”

sens în care, și evaluarea ofertelor tehnice trebuie efectuată de Autoritatea contractantă în mod imparțial, fără să planeze nici un fel de ambiguități asupra procesului decizional.

Fată de aceste împrejurări de nelegalitate în asigurarea unui tratament egal, nediscriminatoriu, transparent și proporțional ce trebuie aplicat tuturor participanților interesați de Procedura, solicităm Consiliului să dispună anularea Raportului procedurii, precum și a tuturor actelor anterioare, concomitente și/sau subsecvente acestuia.

4. ÎN CONSECINȚA CELOR DE MAI SUS, SE ÎMPUNE ANULAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE ÎN TEMEIUL ART. 212 ALIN. (1) LIT. A) DIN LEGEA 98/2016, NEFIIND DEPUSE ÎN PROCEDURA OFERTE ADMISIBILE, PRECUM ȘI ÎN TEMEIUL ART. 212 ALIN. (1) LIT. C) DIN LEGEA 98/2016, ÎNTRUCAT ÎNCALCĂRI ALE PREVEDERILOR LEGALE AFECTEAZĂ PREZENTA PROCEDURĂ

Conform art. 212 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) *dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă; (...)*

SAU

c) *dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;*

IAR alin. (2) prevede:

“În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).”

- (i) Va solicitam sa constatati incidenta **art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016**, respectiv anulara procedurii de atribuire a contractului de achizitie publica avand in vedere ca nu a fost depusa nicio oferta admisibila in raport de argumentele prezentate mai sus, ce dovedesc neconformitatea ofertelor depuse de BMC si NEW KOPEL si, pe cale de consecinta, faptul ca suntem in prezenta unei situatii in care nu a fost depusa nicio oferta admisibila.
- (ii) Referitor la incidenta **art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016**, invocam incalcare grave ale prevederilor legale ce afecteaza prezenta Procedura de atribuire, si existenta unor erori chiar din partea Comisiei de evaluare a Autoritatii contractante care nu permit masuri corective, ci care impun anulara procedurii de atribuire.

Astfel cum am aratat, Autoritatea contractanta a procedat la evaluarea ofertelor tehnice ale tuturor ofertantilor, inclusiv a BMC si NEW KOPEL, cu incalcarea cu art. 154 din Legea nr. 98/2016 care instituie obligatia elaborarii unei documentatii de atribuire care contine toate informatiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completa, corecta si precisa cu privire la cerintele achizitiei.

In plus, Incapacitatea celorlalti doi ofertanti de a satisface conditiile minime impuse prin actele procedurii, mentinute de CNSC dupa contestarea acestora si fata de care si-au asumat angajamentul sa le respecte, nu poate constitui temei valabil pentru ca ofertele acestora sa fie declarate admisibile, respectiv castigatoare.

Sarcina probei incumba fara dubiu in mod egal tuturor ofertantilor, care aveau obligatia de a dovedi indeplinirea fiecarei cerinte si corelativ, obligatia dovedirii elementelor proprii ale ofertei tehnice, conform documentatiei de atribuire.

Dovedirea omologarii este obligatorie la momentul ofertarii si evident la momentul evaluarii, iar nu ulterior desemnarii castigatorului. De altfel, conformitatea ofertei se evalueaza in ultima etapa si, bineinteles, anterior semnarii contractului, fiind singura modalitate de a se atinge scopul licitatiei, respectiv de a se achizitiona un produs pentru care exista certitudinea ca este apt sa indeplineasca parametrii tehnici.

Avand in vedere cele de mai sus, este evident ca subscrisa a fost dezavantajata de comportamentul Autoritatii doar pentru simplul fapt ca aceasta a apreciat ca dovezile de la dosar in privinta celorlalte doua oferte, BMC si NEW KOPEL, sunt conforme in lipsa documentelor de omologare specifice care sa justifice corespunzator ofertele tehnice depuse.

In cazul de fata, gravele vicii nu pot fi inlaturate prin masuri de remediere, impunandu-se anulara intregii proceduri care sa garanteze desfasurarea in conditii depline de legalitatea cu respectarea principiilor fundamentale care guverneaza achizitia publica.

5. CAUTIUNEA

Separat, mentionam faptul ca vom depune cautiunea in cuantumul stabilit prin dispozitiile legale aplicabile (i.e., art. 61^a alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 17 alin. (1) lit. b) din Legea 101/2016), respectiv 2% din 6.049.994.46 lei (fara TVA) = **121.000 lei**. Vom depune cautiunea astfel constituita, conform legii, respectiv in termenul de maximum 5 zile de la data sesizarii Consiliului (i.e., pana cel tarziu, la data de **01.11.2021**, avand in vedere ca data de 30.10.2021 si 31.10.2021 sunt zile nelucratoare).

6. SOLICITAREA DE ACCES LA DOSARUL ACHIZITIEI PUBLICE

Totodata, conform prevederilor art. 19 raportate la dispozitiile art. 21 din Legea 101/2016, **solicitam Consiliului acordarea posibilitatii de a avea acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, precum si de a pune concluzii scrise in cursul procedurii de solutionare a contestatiei, rezervandu-ne dreptul de a dezvolta/completa prezenta contestatie.**

7. CONCLUZIE

Pentru toate argumentele invederate anterior, solicitam Consiliului sa dispuna admiterea prezentei contestatii, astfel cum a fost formulata si motivata.

In drept:

- Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice („**Legea 98/2016**”).
- Hotararea de Guvern nr. 395/2016 privind Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achizitie publica/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizitiile publice din 02.06.2016 („**HG 395/2016**”).
- Legea nr. 101/2016 privind remediile si caile de atac in materie de atribuire a contractelor de achizitie publica, a contractelor sectoriale si a contractelor de concesiune de lucrari si concesiune de servicii, precum si pentru organizarea si functionarea Consiliului National de Solutionare a Contestatiilor („**Legea 101/2016**”).
- Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ („**Legea 554/2004**”).

Probe: inscrisuri.

In sustinerea celor mentionate in cuprinsul prezentei Contestatii, intelegem sa ne folosim de documentele si informatiile depuse, respectiv transmise de Subscrisa si ceilalti ofertanti in cadrul procedurii de atribuire, documentatie care urmeaza a fi transmisa Consiliului, in copie, ca parte a dosarului achizitie publica, potrivit dispozitiilor art. 18 si 19 din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, depunem alaturat, urmatoarele documente:

1. **Anexa nr. 1** – Copia actului atacat (i.e., Raportul procedurii nr. 13411/14.10.2021);

MUȘAT & ASOCIAȚII

Societate de Avocați

2. **Anexa nr. 2** – Caietul de Sarcini din prezenta Procedura;
3. **Anexa nr. 3** – Raspunsul consolidat al Autoritatii contractante in prezenta Procedura;
4. **Anexa nr. 4** – Certificate de omologare Anadolu si BMC, in exemplificare;
5. **Anexa nr. 5** – Cerintele exprese ale altor autoritati contractante in proceduri similare;
6. **Anexa nr. 6** – Contestatia BMC impotriva Raspunsului Consolidat;
7. **Anexa nr. 7** – Decizia CNSC nr. 1551/C4/1604 din data de 16.07.2021.
8. **Imputernicire avocatiala**, in original.

Cu deosebita consideratie,

ANADOLU AUTOMOBIL ROM S.R.L.
Prin MUSAT & ASOCIATII S.P.A.R.L.

Av. Iulian Popescu – Avocat Asociat

Av. Ana Maria Abrudan – Avocat colaborator coordonator

