

Către: CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR („CNSC”)
Mun. București, Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3
Fax: 021.310.46.42, office@cnscl.ro

Spre știință: MUNICIPIUL SFÂNTU GHEORGHE
Mun. Sfântu Gheorghe, str. 1 Decembrie 1918 nr. 2, jud. Covasna, e-mail:
reka.balint@sepsi.ro; monika.borsos@sepsi.ro

Ref.: Procedura de licitație deschisă având denumirea „Achiziționare autobuze electrice și stații de încărcare cu montare și punere în funcțiune”, anunț de participare nr. CN1038518/15.01.2022

DOMNULE PREȘEDINTE,

ONORAT CONSILIU,

Subscrisa, **BMC TRUCK & BUS SA**, cu sediul în comuna Ciorogârla, satul Ciorogârla, Șos. București nr. 24, jud. Ilfov, având CUI 14442959, înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. J23/190/2002, reprezentată legal de președintele consiliului de administrație, Sinan Kilic (denumită în continuare „BMC”),

reprezentată convențional de **SCA Țuca Zbârcea & Asociații**, cu sediul profesional în București, Șos. Nicolae Titulescu nr. 4-8, America House, Aripa de Vest, etaj 8, sector 1, 011141, adresă la care vă solicităm să dispuneți comunicarea tuturor actelor de procedură conform art. 158 C. pr. civ.¹, e-mail: cristian.neagu@tuca.ro,

în temeiul art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016,
formulăm

CONTESTAȚIE

prin care solicităm obligarea autorității contractante la:

1. modificarea documentației de atribuire înregistrată sub nr. DF1135255/12.01.2022, în sensul:
 - a. eliminării nivelului maxim al puterii nominale a unității de tracțiune;
 - b. eliminării limitelor superioare impuse în cazul capacității bateriilor electrice și autonomiei de transport;
 - c. eliminării obligativității echipării autobuzelor cu supercapacitori;

¹ Față de prevederile art. 10 lit. a) din Legea nr. 101/2016, indicăm și următoarele coordonate de contact ale SCA Țuca Zbârcea & Asociații: tel.: 021 204 88 90, fax: 021 204 88 99, e-mail: cristian.neagu@tuca.ro, iar față de art. 158 alin. (1) C. pr. civ., indicăm persoanele însărcinate cu primirea corespondenței: avocații Ionuț Șerban și Cristian Neagu și asistentele recepție - Alina Radu, Claudia Stanciu, Ana Maria Dobre, Beatrice Viașu.

DOMNULUI PREȘEDINTE AL CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

- d. modificării cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională, prin eliminarea:
 - i. condiției ca produsele să fi fost livrate pe teritoriul Uniunii Europene;
 - ii. distincției dintre autobuzele electrice în funcție de lungimea acestora;
 - iii. cantității produselor sau, alternativ, a plafonului valoric;
 - 2. obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen-limită pentru depunerea ofertelor,
- având în vedere următoarele motive:

I. SCURTĂ PREZENTARE A SITUAȚIEI DE FAPT

1. Prin anunțul de participare nr. CN1038518/15.01.2022, Municipiul Sfântu Gheorghe a publicat procedura de atribuire având denumirea „*Achiziționare autobuze electrice și stații de încărcare cu montare și punere în funcțiune*”, având ca obiect furnizarea a 12 autobuze noi cu sistem de propulsie electric (6 autobuze de capacitate medie și 6 autobuze de capacitate normală), respectiv furnizarea, montarea și punere în funcțiune a 12 stații de încărcare lentă și a 5 stații de încărcare rapidă.
2. Procedura de atribuire are o valoare estimată de 34.207.800 lei, iar criteriul de atribuire ales este cel al celui mai bun raport calitate - preț.
3. În urma luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, am constatat că anumite cerințe din cadrul acesteia se află în contradicție cu dispozițiile legale incidente și că restrâng în mod nejustificat și nelegal libera concurență, respectiv:
 - a) limitarea puterii nominale maxime a unității de tracțiune;
 - b) impunerea unor limite superioare în cazul capacității bateriilor electrice și autonomiei de transport;
 - c) echiparea obligatorie a autobuzelor cu supercapacitori;
 - d) cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională.
4. În continuare, vom arăta că este necesară modificarea cerințelor amintite și, de asemenea, stabilirea unui nou-termen pentru depunerea ofertelor.

II. ARGUMENTAȚIA ÎN DREPT

A. CERINȚA PRIVIND PUTEREA NOMINALĂ A UNITĂȚII DE TRACȚIUNE

5. Potrivit secțiunii „Unitatea electrică de tracțiune” din caietul de sarcini, „*puterea nominală totală a unității electrice de tracțiune va fi de minim 160 kW, maxim 200kW pentru autobuze de 11-12 metri și minim 120 kW, maxim 160 kW pentru autobuzele de 8-10 metri*” (pag. 15, primul paragraf).

6. Conform art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, „*specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*”.
7. Limitarea puterii nominale totale a unității electrice de tracțiune încalcă textul legal citat anterior, restricționând în mod nelegal accesul la procedura de atribuire a operatorilor economici ale căror produse ar avea motoare cu o putere totală mai mare de 200 kW și, respectiv, 160 kW.
8. De altfel, impunerea unei astfel de limite superioare este contrară chiar interesului public, întrucât un autobuz electric cu o putere de tracțiune mai mare poate asigura calități dinamice superioare, inclusiv o capacitate mărită de accelerare și o ușurință în abordarea drumurilor în rampă. Totodată, un motor electric cu o putere mai mare este mult mai eficient și echilibrat din punct de vedere energetic. În condiții de încărcare la capacitate maximă, acesta ar funcționa cu cel mai mare randament în zona sarcinilor parțiale, iar nu în zona sarcinii maxime (care presupune și un consum mai ridicat), cum este cazul motoarelor cu o putere mai redusă.
9. Restricționarea puterii maxime a motorului electric nu ar putea fi justificată de autoritatea contractantă prin invocarea necesității unui consum de energie cât mai redus, având în vedere că printre factorii de evaluare se regăsește și cel referitor la consumul de energie, cu o pondere de 15% (7% pentru autobuzele de 8-10m, 8% pentru autobuzele de 11-12m).
10. Altminteri, factorul de evaluare amintit ar deveni redundant și ar fi încălcate prevederile art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „*autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată*”, iar „*factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare*”, dar și pe cele ale art. 32 alin. (2) din Anexa la HG nr. 395/2016 - „*Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire*”.
11. În jurisprudența sa², Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut că:

„31. Directiva 2014/24 stabilește anumite limite pe care autoritatea contractantă trebuie să le respecte.

² Hotărârea din 25 octombrie 2018, Cauza „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865,

32. Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se impune ca **specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice.**

33. Această cerință concretizează, în scopul formulării specificațiilor tehnice, **principiul egalității de tratament** care figurează la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din directiva menționată. Potrivit acestei dispoziții, autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporționată.

34. Astfel cum Curtea a statuat deja, **principiile egalității de tratament, nediscriminării și transparenței au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice**, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare (a se vedea, în ceea ce privește Directiva 2004/18, Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C-368/10, EU:C:2012:284, punctul 62).

35. În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei menționate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.

36. În aceeași ordine de idei, considerentul (74) al Directivei 2014/24 enunță că specificațiile tehnice ar trebui „elaborate în așa fel încât să se evite restrângerea în mod artificial a concurenței prin cerințe care favorizează un anumit operator economic, în sensul că preiau caracteristicile esențiale ale produselor, serviciilor sau lucrărilor oferite în mod obișnuit de acel operator economic”. Astfel, tot potrivit acestui considerent, „ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață”.

37. Respectarea acestor cerințe este cu atât mai importantă atunci când, precum în speță, specificațiile tehnice care figurează în caietul de sarcini al unui contract de achiziții sunt formulate în mod deosebit de detaliat. **Astfel, cu cât specificațiile tehnice sunt mai detaliate, cu atât este mai important riscul ca produsele unui anumit producător să fie favorizate.**

38. Desigur, după cum rezultă din articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, este posibil, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibil să se furnizeze o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului de achiziții publice în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) din această directivă, să se facă referire la un anumit producător, la o anumită origine sau la un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ori la o marcă sau la un brevet, în măsura în care obiectul contractului justifică acest lucru, iar condițiile stabilite în acest scop de Directiva 2014/24 sunt respectate, în special ca o astfel de referire să fie însoțită, în documentele

contractului de achiziții publice, de termenii „sau echivalent”. Cu toate acestea, având în vedere natura derogatorie a acestei dispoziții, condițiile în care autoritatea contractantă poate utiliza o asemenea posibilitate trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte.

40. Având în vedere elementele care precedă, revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, ținând seama de marja de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili specificațiile tehnice potrivit cerințelor calitative în funcție de obiectul contractului în cauză, caracterul deosebit de detaliat al specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal nu conduce la favorizarea în mod indirect a unui ofertant.

41. De asemenea, este important ca gradul de detaliere a specificațiilor tehnice să respecte principiul proporționalității, ceea ce implică în special o analiză a aspectului dacă acest grad de detaliere este necesar în vederea realizării obiectivelor urmărite”.

12. Prin urmare, față de considerentele arătate, consecutiv admiterii contestației, solicităm obligarea autorității contractante la modificarea cerinței privind puterea nominală totală a unității electrice de tracțiune în cazul ambelor tipuri de autobuze oferate, în sensul eliminării limitei maxime de 200 kW și, respectiv, 160 kW, urmând a fi păstrate doar valorile minime.

B. CAPACITATEA BATERIILOR ELECTRICE ȘI AUTONOMIA DE TRANSPORT

13. În secțiunea „Baterii electrice” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă stabilește că:
„Bateriile electrice vor avea capacitatea de minim 120 kWh, maxim 200kWh pentru autobuzele de 8-10 m si minim 220 kWh, maxim 250 kWh pentru autobuzele de 11-12 m și vor asigura autonomia cerută pentru autobuzele electrice conform Caietului de sarcini. Bateriile vor fi de ultimă generație, cu tehnologie Lithium Ion, sau echivalent cu o densitate mare a energiei înmagazinate, cu o siguranță maximă în exploatare în condițiile climatice în care vor funcționa” (pag. 16).
14. În cadrul aceleiași secțiuni, achizitorul arată că *„tipul, numărul și caracteristicile tehnice (raportul energie/masă, etc.) ale bateriilor electrice va fi ales de către producătorul autobuzelor electrice, astfel încât să asigure funcționarea sigură, respectiv o autonomie de transport corespunzând la minim 230 km și maxim 350 km (E-SORT 1 - “Standardised On-Road Test cycles” -ciclul 1, urban, emis de un laborator acreditat conform legislației UE, situat în UE, utilizând metodologia și protocolul de testare prezentate în broșura UITP “Project E-SORT: Cycles for electric vehicles” din 2017)”*.
15. Astfel, caietul de sarcini impune:
 - a) ofertarea unor baterii electrice cu o capacitate mximă de 200 kWh pentru autobuzele de 8-10m și de 250 kWh pentru autobuzele de 11-12m;
 - b) ofertarea unor autobuze electrice cu o autonomie de transport care să fie de maxim 350 km.

16. În contextul în care:

- (i) între capacitatea bateriei electrice și autonomia de transport există un raport de proporționalitate directă; iar
- (ii) potrivit autorității contractante, *„tipul, numărul și caracteristicile tehnice (raportul energie/masă, etc.) ale bateriilor electrice va fi ales de către producătorul autobuzelor electrice”*,

cerințele contestate sunt în mod nejustificat restrictive și împiedică participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici ale căror produse ar fi echipate cu baterii cu o capacitate mai mare și ar avea o autonomie de transport mai mare.

- 17. Astfel de restricționări nu sunt în interesul autorității contractante și sunt contrare și scopului introducerii, sub formă de factor de evaluare, a criteriului autonomiei de transport - autonomia maximă în km (P3), cu o pondere de 7% pentru autobuzele din gama 8-10m și, respectiv, 8% pentru autobuzele din gama 11-12m -, respectiv achiziționarea unor autobuze electrice cu o autonomie cât mai mare.
- 18. Așadar, stabilirea unei autonomii maxime ar încălca prevederile art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 32 alin. (2) din Anexa la HG nr. 395/2016, factorul de evaluare devenind ineficient și pur formal, neaducând un avantaj real autorității contractante și conducând la o libertate de apreciere nelimitată.
- 19. Totodată, limitarea autonomiei autobuzelor ar face imposibilă participarea operatorilor economici care pot oferi doar autovehicule cu o autonomie mai mare de 350 km, ceea ce este vădit contrar regulii impuse de art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, respectiv că specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.
- 20. În jurisprudența sa³, Consiliul a sancționat astfel de prevederi ale documentațiilor de atribuire, apreciind că, *„văzând că autonomia de transport și masa totală autorizată a autobuzului sunt specificații tehnice care definesc în mod obiectiv nevoia de achiziție a autorității contractante și că elemente precum capacitatea și greutatea maxime ale bateriilor electrice nu prezintă relevanță obiectivă pentru autoritatea contractantă, ci doar vin să dublu condiționeze conformitatea ofertei, Consiliul stabilește că aceste două repere tehnice [n. n. capacitatea și greutatea maximă a bateriei electrice] trebuie înlăturate din caietul de sarcini, pentru capacitatea bateriilor electrice rămânând valide trimiterile la valoarea minimă”*.
- 21. Raționamentul citat este valabil și în cazul impunerii unei limite superioare în cazul autonomiei de transport.

³ Decizia CNSC nr. 2640/C11/2835/25.11.2021, rămasă definitivă prin neformularea plângerii.

22. Față de argumentele prezentate mai sus, solicităm ca autoritatea contractantă să fie obligată să elimine limita maximă pentru capacitatea bateriilor electrice, atât în cazul autobuzelor de 8-10m, cât și în cazul celor de 11-12m, precum și limita maximă a autonomiei de transport de 350 km, urmând a fi păstrate doar valorile minime.

C. OBLIGATIVITATEA ECHIPĂRII CU SUPERCAPACITORI

23. Conform secțiunii „Unitatea electrică de tracțiune” din caietul de sarcini, *„frânarea electrică recuperativă de energie va genera energie electrică pe perioadele de frânare, sau de coborâre a unor pante, energie care va fi utilizată local pentru alimentarea unor sisteme electrice auxiliare, sau va fi înmagazinată în baterii și supercapacitori în cazul în care energia recuperată depășește nivelul consumului instantaneu”* (pag. 14).
24. În cadrul secțiunii „Modulul electric de comandă” se prevede suplimentar că *„se va măsura (indica și înregistra) energia recuperată din frânare și înmagazinată în baterii și supercapacitori”* și că *„sistemul de tracțiune-frânare va fi prevăzut cu instalație de măsurare și înregistrare a consumului de energie electrică, cu indicarea energiei recuperate și înmagazinate în baterii și supercapacitori, a stării de încărcare a bateriilor electrice și înregistrarea datelor pe memorii nevolatile pentru determinarea activității fiecărui conducător auto”*.
25. Solicitarea echipării autobuzelor electrice cu supercapacitori restricționează în mod nejustificat libera concurență, limitând soluția tehnică la anumite configurații tehnologice, și nu aduce niciun beneficiu autorității contractante.
26. Deși rațiunea introducerii acestei cerințe este ca energia pierdută prin efect termic să fie recuperată, înmagazinată și reutilizată într-un procent cât mai ridicat, astfel încât să se obțină un randament cât mai bun al sistemului și o durată de viață cât mai lungă a bateriei electrice, specificația tehnică nu este necesară și reprezintă o soluție tehnică învechită și deosebit de rar utilizată în practică.
27. Supercapacitorii îndeplinesc același rol funcțional ca și bateriile, respectiv înmagazinarea energiei electrice, dar aceștia prezintă următoarele dezavantaje:
- a) nu pot asigura o alimentare continuă cu energie electrică;
 - b) nu pot stoca o cantitate mare de energie;
 - c) nu pot menține mult timp energia electrică, autodescărcarea fiind mai drastică decât la baterii.
28. Totodată, supercapacitorii nu pot fi utilizați ca sursă singulară de energie, principalele surse de stocare fiind bateriile electrice, iar singurul rol al lor - de stocare a energiei recuperate prin frânare - poate fi îndeplinit în mod corespunzător și de către cele mai moderne tipuri de baterii electrice.

29. Sistemele utilizate de autobuzele electrice actuale asigură, cu același randament ca și al supercapacitorilor, recuperarea energiei la frânare și furnizarea acesteia sistemului de tracțiune.
30. Astfel, supercapacitorii nu oferă niciun avantaj, nu îmbunătățesc performanțele vehiculului și nici nu asigură o autonomie mărită sau o durată de viață mai mare a bateriei electrice. Ei sunt lipsiți de utilitate, sunt costisitori și complică în mod nejustificat construcția tehnologică a autobuzelor, generând costuri suplimentare de achiziție și în exploatare. Ca orice sistem suplimentar, măresc probabilitatea de defectare a produselor.
31. Dimpotrivă, absența supercapacitorilor este benefică pentru sistemele de baterii electrice moderne în tehnologie Lithium, întrucât acestea utilizează o cantitate mai mare a energiei recuperate. Viața bateriilor este prelungită având în vedere că în funcționare, alternanța ciclurilor descărcare - perioadă inactivă (specifice funcționării cu recuperare de energie) solicită mai puțin bateria decât descărcarea continuă (specific utilizării supercapacitorilor, când bateriile nu recuperează energie).
32. În acest sens, anexăm studiul publicat în Word Electric Vehicle Journal privind influența frânării regenerative asupra uzurii bateriilor, care concluzionează că frânarea regenerativă (cu efect maxim asupra bateriilor în absența supercapacitorilor) prelungește durata de viață a bateriilor⁴.
33. Supercapacitorii sunt specifici vehiculelor de tip hibrid, acestea nefiind echipate cu sisteme de încărcare cu energie din surse exterioare - plug-in.
34. Având în vedere aceste aspecte, solicităm ca autoritatea contractantă să fie obligată să modifice documentația de atribuire, în sensul eliminării obligativității ca autobuzele electrice să fie echipate cu supercapacitori.

D. CERINȚA PRIVIND CAPACITATEA TEHNICĂ ȘI/SAU PROFESIONALĂ

35. În cadrul pct. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției, cerința privind experiența similară este redactată astfel: *„Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) trebuie să facă dovada prin, cel mult trei contracte/recomandări/orice alte documente justificative privind furnizarea și recepția în total a cel puțin câte 6 autobuze de ambele dimensiuni cu sistem de propulsie electric și a cel puțin 17 stații de încărcare pe teritoriul Uniunii Europene, în valoare totală egală sau mai mare de 34.207.800 lei fără TV”*.
36. Astfel, ofertanții trebuie să prezinte cel mult trei contracte, recomandări sau orice alte documente justificative care să probeze furnizarea și recepția a:
 - a) cel puțin 6 autobuze electrice de 8-10m;

⁴ A se vedea Anexa nr. 1 la prezenta contestație.

b) cel puțin 6 autobuze electrice de 11-12m; și a

c) cel puțin 17 stații de încărcare,

pe teritoriul Uniunii Europene.

37. În conformitate cu dispozițiile art. 178 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, „autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător”, iar „cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut”.

38. Totodată, conform prevederilor Instrucțiunilor Președintelui ANAP nr. 2/2017⁵ („Instrucțiuni”):

Art. 3 - (1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.

(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;

b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

(3) Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât:

a) valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței;

⁵ Emise în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale. Publicate în M. Of. nr. 300/27.04.2017.

b) cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiți indicatori.

[...]

(5) Autoritatea/Entitatea contractantă **nu poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ**, în situația în care prin aceste niveluri se urmărește același lucru, respectiv descrierea, dintr-o singură perspectivă, a complexității respectivelor cerințe, raportat la obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

Art. 5 - (2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, **utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta**. Se vor evita formulările de tipul "ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract" sau "a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX".

39. Din dispozițiile legale amintite rezultă următoarele consecințe:

- a) cerințele privind capacitatea tehnică și profesională trebuie să fie necesare și adecvate;
- b) autoritatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă. În acest sens, autoritatea contractantă:
 - (i) va preciza ce înțelege prin produse similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;
 - (ii) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon;
- c) autoritatea contractantă nu poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ, atunci când se urmărește descrierea complexității cerințelor raportat la obiectul contractului;
- d) autoritatea contractantă este obligată să expliciteze similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului utilizând o descriere generală, raportat la sectorul/domeniul în care se încadrează acestea.

40. Cerința privind experiența similară din prezenta procedură de atribuire încalcă:

- a) art. 3 alin. (5) din Instrucțiuni, întrucât se solicită **atât un nivel valoric** (egal sau mai mare decât valoarea estimată a procedurii), **cât și un nivel cantitativ al produselor** (6 autobuze electrice de 8-10m, 6 autobuze electrice de 11-12m și 17 stații de încărcare);
- b) art. 5 alin. (2) din Instrucțiuni, pentru că la explicitarea similarității obiectului contractului autoritatea contractantă nu utilizează o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează produsele.

Dimpotrivă, achizitorul impune ca cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională să fie îndeplinită prin prezentarea unor contracte de furnizare a 6 autobuze electrice de capacitate mică și, respectiv, a 6 autobuze electrice de capacitate medie. Or, condiția unei descrieri generale **se opune raportării cerinței la lungimea vehiculelor care fac obiectul contractului**.

De altfel, potrivit specificațiilor tehnice din caietul de sarcini, singurele distincții dintre cele două tipuri de autobuze electrice fiind reprezentate de aspecte care decurg din dimensiunea acestora, tipul de vehicul și tehnologia de producție fiind aceleași.

Totodată, Legea nr. 98/2016 definește produsele similare ca fiind acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: a) sunt destinate unor utilizări identice sau similare; și b) fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv [art. 18 alin. (3)].

Astfel, rezultă cu evidență că autobuzele electrice de lungimi diferite sunt similare și că cerința prin care se face distincție între dimensiunea acestora este restrictivă și contrară legii.

De asemenea, conform Instrucțiunilor, „se vor evita formulările de tipul <a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX>”. Prin urmare, dacă autoritatea contractantă nu poate face trimitere la categoria/clasa CPV - care este aceeași în cazul ambelor variante de autobuz - cu atât mai mult nu poate face distincție în raport de lungimea acestora [teza finală a art. 5 alin. (2)].

În același sens este și art. 3 alin (2) din Instrucțiuni, conform căruia autoritatea contractantă va preciza ce înțelege prin produse similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică făcând trimitere la informații ce privesc **domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate**.

Ca atare, o cerință adecvată ar face referire doar la tipul de vehicul, respectiv prezentarea a cel mult 3 contracte prin care să se dovedească furnizarea și recepția a unor autobuze electrice, fără a se preciza lungimea.

- c) art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 31 alin. (1) lit. a) din Anexa la HG nr. 395/2016 - „*autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit*”.

Impunerea ca experiența similară să fie realizată doar pe teritoriul Uniunii Europene este un exemplu evident de cerință minimă de calificare care este restrictivă și care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului.

De asemenea, caracterul necesar și adecvat al cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională se referă doar la asigurarea de faptul că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică la un standard de calitate corespunzător.

De altfel, potrivit caietului de sarcini, produsele care urmează a fi furnizate trebuie să fie omologate în Uniunea Europeană, condiție care este suficientă în a asigura autorității contractantă o siguranță de îndeplinire a cerințelor de calitate.

41. **Aspectele sesizate relevă o nelegalitate profundă a modului de redactare a cerinței privind experiența similară, fiind necesară modificarea acesteia în sensul eliminării:**
- a) condiției ca produsele să fi fost livrate pe teritoriul Uniunii Europene;
 - b) distincției dintre autobuzele electrice în funcție de lungimea acestora;
 - c) cantității produselor sau, alternativ, a plafonului valoric, astfel încât să fie respectate prevederile Instrucțiunii.
42. **Prin urmare, consecutiv admiterii contestației, solicităm modificarea documentației de atribuire conform considerentelor prezentate anterior.**

În drept: art. 8 din Legea nr. 101/2016, art. 154, art. 155 alin. (6) și art. 189 din Legea nr. 98/2016, art. 32 și art. 134-137 din Anexa la HG nr. 395/2016, precum și jurisprudența CJUE și celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul cererii.

În probațiune: înscrisuri.

BMC TRUCK & BUS SA

prin SCA ȚUCA ZBÂRCEA & ASOCIAȚII

