



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 289/C7/194/233
Data: 09.02.2022

I. Prin contestația nr. 01-338/26.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4534/27.01.2022, formulată de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., cu sediul în ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, PI-62005 Owinska, Polonia, înmatriculată la Registrul Național al Comerțului sub nr. KRS 0000856560, reprezentată prin cabinet avocat Corina Ruxandra Popescu, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str. Trifoi nr. 6, sectorul 3, împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, emis de către MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI), cu sediul în București, bd. Regina Elisabeta nr. 47, sectorul 5, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect „*Achiziția unui număr de 100 de autobuze electrice și a infrastructurii de încărcare necesară acestora*”, se solicită anularea parțială a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, cu privire la sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, a termenului de emitere a facturii și a plății efectuate, precum și suspendarea procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

II. Prin contestația nr. 121831/31.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 5208/01.02.2022, formulată de către ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, cu sediul Ciolpani, șos. București-Ploiești nr. 110, județul Ilfov, având număr de înregistrare la Registrul Comerțului J23/1349/2006 și CUI RO13610337, reprezentată convențional prin MUȘAT & ASOCIAȚII SPARL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, bd. Aviatorilor nr. 43, sectorul 1, împotriva răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, emis de către aceeași autoritate contractantă și în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, se solicită admiterea contestației, suspendarea procedurii de atribuire până la data soluționării contestației, iar pe fondul cauzei, în

principal, obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, constând în remedierea Răspunsului consolidat și, în consecință, modificarea, eliminarea sau clarificarea exactă și totală a unor cerințe din documentația de atribuire și a unor clauze din propunerea de contract, obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen-limită pentru depunerea ofertelor, iar în subsidiar, în măsura în care nu este posibilă luarea măsurilor de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora contestațiile formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire vor fi conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, Consiliul urmează să facă aplicarea acestora, conexând dosarele nr. 194/2022 și nr. 233/2022, contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4534/27.01.2022 și nr. 5208/01.02.2022, urmând a fi soluționate în cadrul dosarului nr. 194/2022.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

I. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. critică, parțial, răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, emis de către autoritatea contractantă.

În cadrul acestei proceduri, atât contestatorul, cât și alți operatori economici au formulat solicitări de clarificări, iar prin Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, se încalcă principiile enunțate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și restrânge libera concurență.

1. Suspendarea procedurii de atribuire

SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. evocă prevederile art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 și apreciază că suspendarea procedurii de atribuire se impune întrucât contestația vizează răspunsul la clarificări emis de autoritatea contractantă, prin care se aduce restrângeri ale liberei concurențe, cu impact direct asupra fundamentării ofertei sale și celorlalte oferte din procedură.

2. Temeinicia contestației

a. Răspunsul consolidat încalcă principiul tratamentului egal și limitează libera concurență, prin impunerea Sistemului de stocare a energiei electrice cu baterii și supercapacitori

Conform fișei de date a achiziției, art. 11.1.4, Descrierea succintă a contractului sau a achiziției - Achiziționarea a 100 de autobuze electrice și a infrastructurii de încărcare necesară acestora, și conform caiet de sarcini, autobuze electrice noi, din gama de 12 m (12000+-350mm), cu tracțiune complet electrică, realizată autonom cu sistem reîncărcabil de stocare a energiei electrice cu baterii și supercapacitori, împreună cu infrastructura de încărcare lentă (plug-in) aferentă fiecărui autobuz, cu podea complet coborâtă pe toată lungimea vehiculului, cu trei uși duble și aer condiționat în salonul de călători, destinate transportului urban de călători în zona limitrofă.

Conform caietului de sarcini, „autobuzul va fi dotat și cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei de frânare (cerința de la 3.4.1.5.24.3)”.

Prevederi similare, care vizează dotarea autobuzelor atât cu baterii, cât și cu supercapacitori, sunt prevăzute și la alte capitole din caietul de sarcini (spre exemplu, cerința de la cap. 3.4.1.5.25.1, cap. 3, cap. 3.4.1.5.24.2, ș.a.).

Având în vedere că supercapacitorii sunt o soluție tehnică folosită la autobuzele hibride și la troleibuze, iar nu la autobuzele electrice, așa cum sunt cele care fac obiectul prezentei proceduri, atât contestatorul, cât și alți operatori economici, au solicitat autorității contractante să clarifice această cerință, în sensul de a lămuri aspectele privind sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice.

În solicitarea de clarificări, s-a precizat că o combinație a bateriilor de tracțiune cu supercapacitori în cazul autobuzelor electrice, este ori deloc întâlnită, ori foarte rară, astfel încât se impune a se lămuri această cerință.

Clarificările care au vizat cerința de mai sus, au făcut obiectul următoarelor solicitări din Răspunsul consolidat: nr. 7 - întrebarea nr. 12; nr. 9 - întrebarea nr. 25; nr. 10 - întrebarea nr. 11; nr. 11 - întrebarea nr. 1, nr. 13 și nr. 14 - întrebarea nr. 3.

Față de clarificările solicitate, autoritatea contractantă a răspuns: „*instalația de frânare electrică a autobuzului trebuie să recupereze valori cât mai mari de curent, fără a solicita în vreun fel bateria autobuzului. Nu se urmărește pierderea energiei recuperate prin efect termic (frânare reostatică), ci recuperarea, înmagazinarea și reutilizarea unui procent cât mai mare a curentului recuperate. Frânarea electrică cu motorul în mod generator produce vârfuri de tensiune și valori mari de curent care sunt greu de regularizat și înmagazinat utilizând baterii reconvenționale: autoritatea contractantă consideră că doar supercapacitorii pot acumula în timp scurt curentul produs pe frânare, iar recuperarea acestuia în supercapacitori, nu în baterii, urmărește atât un randament cât mai bun al sistemului, cât și prelungirea vieții bateriei, nesupunând-o la încărcări frecvente de scurtă durată cu ocazia fiecărei frânări. Autoritatea contractantă menține solicitarea dotării autobuzelor electrice cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei recuperate pe frânare”.*

Prin lămurirea cerinței care vizează sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, în sensul că se dorește atât încărcarea cu baterii de acumulatori, cât și cu supercapacitori, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat libera concurență și prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul citează prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016 și precizează că, prin solicitările la clarificări, s-a solicitat să se lămurească cerința dublului sistem reîncărcabil de stocare a energiei, având în vedere inutilitatea acestui sistem și eficiența sa experimentală, fiind dovedită doar prin studii teoretice.

Prin Răspunsul consolidat, autoritatea contractantă a precizat că autobuzul electric trebuie să dețină un sistem reîncărcabil de stocare a energiei electrice, atât cu baterii, cât și cu supercapacitori, cu o motivare fără relevanță și necorespunzătoare în raport cu obiectul procedurii.

În acest sens, contestatorul precizează următoarele aspecte esențiale:

i) în primul rând, pentru asigurarea autonomiei autobuzelor electrice de 200 km între două încărcări succesive, așa cum se solicită în caietul de sarcini, este necesar un pachet de baterii de aproximativ 250 kW; or, frânarea electrică cu motorul în mod generator produce o energie de maxim 10 kW, care, contrar răspunsului autorității contractante, se poate recupera foarte ușor în bateriile de 250 kW. Prin urmare, argumentul că ar fi necesari supercapacitorii pentru recuperarea curentului produs de frânare, este falsă.

ii) în al doilea rând, în modul de încărcare rapidă, solicitat în caietul de sarcini, autobuzul electric primește valori de curent de 300-400 kW, iar în modul de încărcare lentă, autobuzul electric primește valori de curent de 80-100 kW. Prin urmare, un vârf de tensiune de maxim 10 kW nu poate reprezenta o problemă care să afecteze viața bateriei.

iii) în al treilea rând, supercapacitorii presupun costuri suplimentare nu doar cu cele cu montarea și omologarea, ci și cele cu întreținerea și înlocuirea periodică a acestora, sens în care este disproporționată asemenea cerință în contextul unor autobuze electrice cu baterii de aproximativ 250 kW, care pot singure să preia „vârful de tensiune și valorile mari de curent” de 10 kW.

iv) în al patrulea rând, conform Cap. 3 din caietul de sarcini - Descrierea produselor solicitate, „Ofertantul va prezenta copii conform cu originalul ale documentației de omologare a autobuzului electric oferat, din care să rezulte că: *Autobuzele electrice oferate sunt omologate cu certificat de omologare națională de tip pentru autovehicule, în categoria M3, emis de RAR, sau Autobuzele electrice oferate sunt omologate într-unul din statele membre ale UE, de către o autoritate competentă, în categoria M3*”. Or, așa cum s-a arătat, asemenea soluție de dotare a autobuzelor electrice cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei recuperate pe frânare, este quasi-inexistentă pe piață.

Prin urmare, includerea acestei cerințe drept criteriu minim de calificare exclude de la participare quasi-totalitatea producătorilor, restrângând nejustificat și ilegal concurența.

Din punct de vedere tehnic, contestatorul precizează că bateriile solicitate pot fi încărcate rapid folosind stația de încărcare rapidă de putere 300 kW (care furnizează autobuzului energie de 300 kWh într-o oră, respectiv de $300 \text{ kWh} / 3600 \text{ s} = 0,083 \text{ kWh}$ într-o secundă).

Energia de frânare este energia cinetică a autobuzului cu formula $E_c = 0,5 * m * v^2$, unde m este masa vehiculului și v este viteza acestuia.

În acest caz, masa maximă autorizată a autobuzului este 18.745 kg, iar viteza autobuzului aproximativ 40 km/h (luând în considerare limita maximă a vitezei în orașe de 50 km); 40 km/h convertiți în și este aprox. 11,11 m/s

Rezultă $E_c = 0,5 * 18745 * 11,11 * 11,11 = 1,156,867,36 \text{ Joule}$.

Convertind această valoare în unitate de măsură kWh, rezultă $E_c = 0,321 \text{ kWh}$.

Folosind principiul conservării energiei, această E_c este egală cu valoarea energiei de frânare.

În realitate, există diverse randamente care reduc valoarea energiei care poate ajunge în baterii și anume: randamentul roților, energia pierdută prin frânarea mecanică (și în consecință transformată în energie termică),

randamentul transmisiei, randamentul motorului care transformă energia mecanică în energie electrică curent alternativ, randamentul invertorului care transformă curent alternativ în curent continuu (singurul care poate fi stocat în baterii), fiecare pas reducând energia finală care poate ajunge în baterii.

Dar dacă se ignoră toate aceste pierderi și se revine la valoarea maximă a energiei de frânare obținută de 0,321 kWh, așa cum frânarea nu se realizează instantaneu, ci pe parcursul mai multor secunde (în funcție de viteza inițială, pentru a evita accidentarea pasagerilor, pentru a nu se activa frâna mecanică, etc.), nici energia de frânare nu se obține toată odată, ci pe parcursul frânării respective.

Luând în calcul un timp rezonabil pentru frânarea regenerativă (pur electrică) de 5 secunde, înseamnă că în aceste 5 secunde bateriile de tracțiune ar trebui să fie capabile să înmagazineze cei 0,321 kWh.

Or, revenind la situația stațiilor de încărcare rapidă, unde bateriile pot înmagazina (cel puțin) 0,083 kWh pe secundă, înseamnă că în 5 secunde pot înmagazina 0,415 kWh, această valoare fiind superioară energiei maxime de frânare.

Deci, valoarea minimă de înmagazinare este mai mare de valoarea maximă de frânare, chiar ignorând pierderile inevitabile de energie din cauza randamentelor diverselor componente.

Alt aspect care trebuie luat în calcul este că motorul de tracțiune în funcția sa de generator este o limită pentru puterea maximă de încărcare în situația frânării regenerative și solicitările autorității contractante pentru puterea acestuia sunt semnificativ mai mici față de puterea stației de încărcare rapidă și, în consecință, orice energie din frânarea regenerativă va putea fi înmagazinată în bateriile de tracțiune.

Toate cele de mai sus dovedesc faptul că există deja un potențial ofertant - probabil singurul care îndeplinește condiția de a putea oferi un asemenea autobuz electric dotat cu un pachet de baterii de aproximativ 250 kW, care să asigure o autonomie de 200 km între două încărcări succesive, cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei recuperate pe frânare și care să dețină certificat național de omologare sau omologare într-unul din statele UE.

Această concluzie se bazează pe informațiile din piață, din care rezultă caracterul rar al folosirii supercapacitorilor în cazul autobuzelor electrice, de unde rezultă și inexistența certificatelor de omologare pentru asemenea produse.

În acest context, contestatorul apreciază că se impune anularea parțială a Răspunsului consolidat și adoptarea unei măsuri de remediere care să permită participarea unui număr mare de operatori economici la procedura de atribuire, măsură de remediere ce poate consta în eliminarea cerinței privind sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice și cu supercapacitori.

b. Răspunsul consolidat încalcă principiul proporționalității și al asumării răspunderii, prin Răspunsul la întrebarea nr. 7 din Clarificarea nr. 12

Potrivit cerinței prevăzute de art. 6.1 din caietul de sarcini, „achizitorul va efectua plata către furnizor în termen de maxim 60 de zile de la recepția

mărfii de către Achizitor, fapt confirmat de întocmirea unui proces-verbal de recepție, semnat de către părți, pe baza documentelor precizate la art. 4.

Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de 60 de zile de la data livrării de către furnizor, în locațiile stabilite de către Achizitor, prin intermediul procesului-verbal de recepție semnat de ambele părți”.

Potrivit Solicitării de clarificare nr. 12, întrebarea nr. 7, s-a cerut să lămurească această cerință, raportat la prevederile Directivei 2016/112/CE și ale Codului fiscal, în sensul de a lămuri aspectul privind termenul de plată de 60 de zile.

Prin Răspunsul consolidat, autoritatea contractantă a susținut că „în jurisprudență s-a admis că autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscute autorității administrative, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general”.

Conform art. 222 din Directiva 2006/112/CE, „Pentru livrările de bunuri efectuate în conformitate cu condițiile menționate la articolul 138 sau pentru prestările de servicii pentru care taxa este datorată de client în temeiul articolului 196, se emite o factură cel târziu în a cincisprezecea zi a lunii următoare celei în care intervine faptul generator.

Pentru alte livrări de bunuri sau prestări de servicii, statele membre pot impune persoanelor impozabile limite de timp pentru emiterea de facturi”.

Conform art. 320 alin. 1 din Codul fiscal, „Persoana impozabilă sau persoana juridică neimpozabilă, obligată la plata taxei în condițiile prevăzute la art. 307 alin. (2)-(4) și (6) și ale art. 308, trebuie să auto factureze operațiunile respective până cel mai târziu în a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, în cazul în care persoana respectivă nu se află în posesia facturii emise de furnizor/prestator”.

Totodată, conform art. 6 alin. (3) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, „Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută”.

Prin urmare, în conformitate cu dispozițiile legale, operatorul economic este obligat la emiterea facturii fiscale în a 15-a zi lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, adică a livrării.

Pe de altă parte, conform art. 6 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 72/2013, „(1) Autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date.

(2) Procedura de recepție sau verificare prevăzută la alin. (1) lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare

poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective”.

Astfel, contestatorul arată că în Răspunsul consolidat nu au fost invocate motivele obiective pentru care procedura de recepție nu poate fi efectuată în termenul legal de maxim 30 de zile de la data livrării.

În acest context, prin răspunsul la întrebarea nr. 7 din Solicitarea de clarificări nr. 12, autoritatea contractantă încalcă principiile enunțate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv cel al asumării răspunderii și al proporționalității, întrucât aceasta invocă un pretins interes public în fața încălcării dispozițiilor legale.

Pentru a se evita această încălcare, contestatorul solicită adoptarea unei măsuri de remediere care să adapteze clarificarea la dispozițiile legale.

Concluzionând, SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. solicită CNSC anularea parțială a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, cu privire la sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, a termenului de emiteră a facturii și a plății efectuate, precum și suspendarea procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. DP337/31.01.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 5210/01.02.2022, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., solicitând respingerea acesteia, având în vedere următoarele:

1. Cu privire la suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea contestației, potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016

Autoritatea contractantă consideră că solicitarea privind suspendarea procedurii de achiziție publică este neîntemeiată. Contestatorul nu aduce în susținerea cererii sale justificarea motivelor pentru care s-ar impune suspendarea procedurii.

În continuare, se evocă neîndeplinirea condițiilor cazului temeinic justificat și prevenirea unei pagube iminente de către contestator.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că nu sunt întrunite condițiile prevăzute în art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și în consecință, solicită CNSC respingerea cererii de suspendare formulată de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o.

2. Temeinicia contestației

a) Răspunsul consolidat încalcă principiul tratamentului egal și limitează libera concurență, prin impunerea Sistemului de stocare a energiei electrice cu baterii și supercapacitori.

Autoritatea contractantă apreciază că solicitarea este neîntemeiată și își menține cerința caietului de sarcini și a răspunsului consolidat.

Instalația de frânare electrică a autobuzului trebuie să recupereze valori cât mai mari de curent fără a solicita în vreun fel bateria autobuzului. Nu se urmărește pierderea energiei recuperate prin efect termic (frânare reostatica), ci recuperarea, înmagazinarea și reutilizarea unui procent cât mai mare a curentului recuperat. Frânarea electrică cu motorul în mod generator

produce vârfuri de tensiune și valori mari de curent care sunt greu de regularizat și înmagazinat utilizând baterii convenționale; autoritatea contractantă consideră că doar supercapacitorii pot acumula în timp scurt curentul produs pe frânare, iar recuperarea acestuia în supercapacitori, nu în baterii, urmărește atât un randament cât mai bun al sistemului, cât și prelungirea vieții bateriei nesupunând-o la încărcări frecvente de scurtă durată cu ocazie fiecărei frânări.

Astfel, autoritatea contractantă arată că își menține solicitarea dotării autobuzelor electrice cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei recuperată pe frânare.

De asemenea, se prezintă argumente pentru a demonstra că solicitarea de anulare parțială a răspunsului consolidat prin contestație, nu are o rațiune tehnică, ci mai degrabă una de întârziere artificială a procedurii de atribuire sau, cel puțin, de diminuare a cerințelor tehnice solicitate, astfel încât produsul oferit de către contestator să fie unul mai ieftin, dar la aceeași sumă stabilită prin valoarea estimată.

În cadrul celor două proceduri anterioare derulate privind achiziția a acelorași 100 autobuze electrice, nu s-au primit clarificări privind echiparea autobuzelor cu supercapacitori, deși cerința era menționată în documentația de atribuire.

În specificațiile tehnice postate în cadrul consultării de piață de pe SICAP (încheiată prin raportul privind consultarea pieței nr. 4686/15.04.2021), la caracteristici minimale obligatorii se regăsește „Autobuzul va fi dotat și cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei de frânare”. În cadrul răspunsurilor primite de la posibili ofertanți nu s-au găsit nelămuriri cu privire la supercapacitori, astfel se consideră faptul că prețurile oferite de către furnizori includ și costurile privind supercapacitorii. Printre entitățile care au răspuns la consultarea de piață și care au transmis o ofertă conformă, se află chiar contestatorul. Niciunde în oferta depusă de acesta nu menționează că nu va echipa autobuzul cu supercapacitori. Se aduce în vedere Consiliului că același contestator și-a bazat precedentă contestație tot pe informațiile prezentate în și ca urmare a consultării pieței nr 4686/15.04.2021.

Contestatorul, așa cum reiese chiar din articolele care se pot găsi inclusiv pe pagina personală a societății, este un producător de autobuze echipate cu supercapacitori. Afirmatia acestuia că se „încalcă principiul tratamentului egal și că se limitează libera concurență”, nu poate fi susținută atât timp cât chiar această societate furnizează astfel de echipamente:

- o <https://www.solarisbus.com/en/press/hvbrid-solaris-buses-to-roll-out-on-the-streets-of-another-romanian-citv-1425>
- o <https://www.rairwavqazette.com/modes/supercapacitor-hybrid-buses-to-reduce-emissions-at-stops/55485.article>
- o <https://www.automotiveworld.com/news-releases/barcelona-will-receive-more-hvbrid-solaris-buses/>, etc.

Autoritatea contractantă face precizarea că a solicitat aceste cerințe tehnice cu intenția de a achiziționa produse performante și de ultimă generație. În urma consultării de piață, autoritatea contractantă a decis

suplimentarea valorii estimate a prezentei procedurii față de cele 2 proceduri precedente anulate, tocmai în baza cerințelor tehnice de ultimă generație.

Nu în ultimul rând, faptul că un posibil ofertant consideră că i se limitează accesul pentru că nu vrea să furnizeze un produs echipat conform cerințelor, nu este decât o dovadă a faptului că se dorește diminuarea artificială a cerințelor tehnice și obținerea unui profit mai mare, nejustificat.

b) Răspunsul consolidat încalcă principiul proporționalității și al asumării răspunderii, prin Răspunsul la întrebarea nr. 7 din Clarificarea nr. 12

Așa cum reiese și din corespondența internă născută ca urmare a depunerii contestației de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., termenul de recepție de maxim 60 de zile de la data livrării a fost folosit în toate procedurile de achiziție publică a mijloacelor de transport derulate până în prezent de către autoritatea contractantă, nefiind probleme din această cauză. Astfel, având în vedere buna practică uzitată inclusiv în cadrul contractelor de livrare a 400 de autobuze euro 6 (ctr. nr. 737/2018), 130 de autobuze hibrid (ctr. nr. 753/2019), 100 de tramvaie (ctr. nr. 66/2021), s-a inclus în contract articolul: *„Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de maxim 60 de zile de la data livrării de către furnizor, în locațiile stabilite de acesta prin contract, prin intermediul Procesului Verbal de recepție semnat de ambele părți”*.

Ținând cont de faptul că sunt primele autobuze cu încărcare electrică ce se vor recepționa, iar acestea vin la pachet cu stațiile de încărcare lentă, ce trebuie montate după livrare, infrastructura de încărcare fiind una nouă, păstrarea termenului de recepție de 60 de zile de la data livrării produselor ar fi asigurat o procedură de recepție corectă. Desigur, acesta a fost un termen maximal, interesul autorității contractante fiind acela de a recepționa, în condiții de siguranță produsele și de a le pune cât mai repede pe traseu de la livrarea acestora.

Se subliniază faptul că în cadrul celor două proceduri anterioare derulate privind achiziția a 100 autobuze electrice, dar nici în altele deja atribuite (autobuze EURO 6, tramvaie, troleibuze), nu s-au primit clarificări / observații privind termenul de recepție de maxim 60 de zile, deși cerința era menționată în documentația de atribuire.

Totuși, având în vedere că acest termen este strâns legat și de termenul de plată (și acesta fiind menționat inițial la maxim 60 de zile de la recepție), autoritatea contractantă înțelege și este de acord cu diminuarea celor două termene și adoptă următoarele măsuri de remediere:

- *„achizitorul va efectua plata către furnizor în termen de maxim 30 de zile de la recepția mărfii de către achizitor ...”*,

- *„Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de 30 de zile de la data livrării de către furnizor”*.

Având în vedere cele menționate mai sus, MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI) solicită CNSC următoarele:

- respingerea suspendării procedurii de achiziție publică solicitată de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. ca fiind nefondată, luând în considerare și interesul public, în principal siguranța transportului public de călători;

- respingerea, ca nefondată, a solicitării de anulare parțială a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, cu privire la sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice pentru care autoritatea contractantă și-a menținut cerințele în documentația de atribuire și implicit a răspunsului consolidat;

- respingerea ca fără temei a solicitării de anulare parțială a Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, cu privire la termenul de emisie a facturii și a plății efectuate, având în vedere că s-au adoptat măsuri suficiente astfel încât contestatorul poate considera că măsurile adoptate sunt suficiente pentru remedierea actelor invocate ca fiind nelegale.

având în vedere următoarele argumente:

1. Admiterea cererii de suspendare a procedurii de atribuire

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea solicitării de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, susținând că nu s-ar fi invocat motive temeinice de suspendare.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă, contestatorul arată că a adus motive temeinice care să justifice măsura suspendării, trimiterile la art. 14 din Legea nr. 554/2004 nefiind aplicabile în prezenta cauză.

În continuare, contestatorul face aprecieri cu privire la impunerea admiterii cererii de suspendare a procedurii de atribuire.

2. Admiterea contestației

Argumentele pentru care autoritatea contractantă solicită respingerea contestației cu privire la primul motiv de nelegalitate, nu sunt relevante și nu pot fi primite.

În primul rând, contestatorul arată că își menține în integralitate criticile de nelegalitate din contestație, cu privire la inutilitatea și restrângerea concurenței cu privire la sistemul de stocare a energiei electrice cu baterii și supercapacitori.

În al doilea rând, obiectul acestei proceduri de atribuire este achiziționarea unor autobuze electrice. Aceste autobuze electrice nu au supercapacitori, întrucât nu aduc niciun plus de valoare nici produsului și nici înmagazinării energiei recuperate pe frânare, așa cum încearcă să sugereze autoritatea contractantă.

Într-adevăr, autobuzele hibride au supercapacitori, însă autobuzele hibride au motor pe diesel și au o soluție complet diferită de autobuzele electrice, la motoarele diesel făcând sens să existe supercapacitori.

Însă, obiectul prezentei proceduri este achiziționarea unor autobuze electrice, iar în contestație s-a arătat că la autobuzele electrice frânarea electrică cu motorul în mod generator produce (la o frânare de la 40 km/h) o energie de aproximativ 0,32 kWh, care, contrar răspunsului autorității contractante, se poate recupera foarte ușor în bateriile de 250 kWh; prin urmare, argumentul că ar fi necesari supracapacitorii pentru recuperarea curentului produs de frânare, este absurd tehnic.

În plus, contestatorul a prezentat detaliat calculul de transformare a energiei cinetice în energie înmagazinabilă și a relației de cauzalitate generare-înmagazinare, arătând că energia rezultată este mult mai mică decât capacitatea de absorbție a bateriilor instalate.

Autoritatea contractantă nu a adus argumente tehnice cuantificabile în susținerea supercapacitorilor ca soluție ce aduce plus valoare ecuației energetice globale a autobuzului. Simpla afirmație pro supercapacitori, nu poate avea valoare de argument tehnic.

Trimiterea la faptul că SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. are autobuze HIBRIDE cu supercapacitori ori că în alte proceduri de atribuire (anulate) a existat această cerință, nu prezintă nicio relevanță, întrucât ceea ce se critică în prezent este restrângerea artificială a concurenței și încălcarea tratamentului egal al operatorilor economici la participarea la procedura de atribuire având ca obiect achiziționarea a 100 de autobuze electrice, prin lămurirea cerinței cu privire la sistemul de stocare a energiei electrice și cu supercapacitori.

Totodată, contestatorul subliniază faptul și că în celelalte proceduri de atribuire anulate organizate de autoritatea contractantă privind sistemul de stocare a energiei electrice, includerea supercapacitorilor era opțională [„blocul de supercondensatori (dacă este cazul)”], iar nu obligatorie, cum s-a procedat de această dată.

Prin urmare, toate argumentele suplimentare aduse de autoritatea contractantă în susținerea legalității răspunsului la clarificări, nu pot fi avute în vedere, fiind, pe de-o parte, străine de obiectul și natura prezentei proceduri de atribuire, iar, pe de altă parte, restrâng libera concurență, prin clarificarea în sensul impunerii unei cerințe superflue și aproape inexistente pe piața autobuzelor electrice.

SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. precizează că prezentele note scrise se completează cu argumentele și susținerile din contestație, pe care solicită să fie avute în vedere la analiza pe fond a contestației formulate.

II. Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL critică, parțial, răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, emis de către autoritatea contractantă.

1. Scurtă prezentare a situației de fapt

În fapt, în temeiul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică prin publicarea acesteia pe SICAP, în cadrul anunțului de participare nr. CN1037659/16.12.2021.

În urma studierii documentației de atribuire publicată în SICAP, contestatorul, dar și alți operatori economici interesați, au transmis solicitări de clarificări, constatând că documentația de atribuire prezintă o serie de nereguli sau neclarități, în sensul existenței unor cerințe ambigue sau excesive, după caz.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis răspunsul la aceste solicitări prin Răspunsul consolidat din data de 20.01.2022, prin care a prezentat pentru prima dată, o serie de nereguli, în sensul schimbării unor cerințe și transformându-le în cerințe nelegale, netemeinice sau care restrâng concurența, astfel cum se expune pe larg în cele ce urmează.

2. Formularea în termen legal a contestației

Sub acest aspect, se arată că prezenta contestație a fost formulată în termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv 10 zile.

Așadar, prin raportare la data publicării în SICAP a Răspunsului consolidat (20.01.2022), Consiliul este rugat să constate că termenul de 10 (zece) zile pentru formularea contestației se împlinește la data de 31.01.2022 (dat fiind că 30.01 este duminică, zi nelucrătoare, termenul se prorogă până în prima zi lucrătoare), respectiv la expirarea ultimei ore a acestei zile, cu consecința formulării contestației în termen legal.

3. Suspendarea procedurii de atribuire

Contestatorul evocă prevederile art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016 și evocă condiția cazului temeinic justificat și condiția pagubei iminente, apreciind că sunt îndeplinite.

Având în vedere că obiectul contestației vizează cerințele tehnice, dar și clauzele contractuale din propunerea de contract, astfel cum au fost menținute prin Răspunsul consolidat, contestatorul apreciază că, în virtutea art. 23 din Legea nr. 101/2016, se impune cu atât mai mult suspendarea procedurii de atribuire, având în vedere că sunt lezate atât interesele potențialilor ofertanți, dar și interesul public, din moment ce nu se asigură o concurență reală și egală între operatorii economici, având ca efect introducerea unor obstacole nejustificate ce îngreșesc concurența efectivă între operatorii economici.

4. Nelegalitatea și netemeinicia cerințelor din răspunsul consolidat la solicitările de clarificări

Contestatorul susține că cerințele din Răspunsul consolidat încalcă principiile tratamentului egal, proporționalității și îngreșesc accesul prin restrângerea nepermisă a concurenței, cu încălcarea dispozițiilor legale în materie, respectiv art. 49 alin. (1), art. 50 alin. (1) și (2), art. 155 alin. (6) și art. 189 din Legea nr. 98/2016, care sunt citate.

După cum urmează să se arate pentru fiecare capăt de cerere în parte, Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare, în maniera configurată de autoritatea contractantă, este restrictiv, în sensul că cerințele respective pot fi îndeplinite doar de un număr limitat de operatori economici, observându-se intenția de preferențiere a produsului ofertat, prin reglementarea nejustificată a unor cerințe care nu urmăresc satisfacerea unui interes legitim tehnic.

Contestatorul evocă jurisprudența CNSC, respectiv Decizia CNSC nr. 2027/C2/22044, din care se citează și se aduce în vedere Consiliului că procedura este supusă controlului ex ante al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, astfel că, urmare a acestui control, inclusiv ANAP a observat existența unor nereguli în cadrul Răspunsului consolidat, emițând un aviz conform condiționat (nr. 25068/1141/18.01.2022), prin care se solicită autorității contractante remedierea neregulilor din acest răspuns.

4.1 Cerința privind supercapacitorii. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul acceptării și a autobuzelor echipate doar cu baterie - Sistem Reîncărcabil de Stocare a Energiei (SRSEE) de înmagazinare de capacitate mare, care are și rolul de stocare a energiei recuperate în timpul frânării.

Conform Răspunsului consolidat, se regăsește refuzul autorității contractante de a accepta înmagazinarea energiei electrice doar în baterii în 6 răspunsuri la solicitările de clarificări ale potențialilor ofertanți - redate la pag. 15-16, pag. 29-30, pag. 35 ref. Solicitare de clarificare adresată de contestator, pag. 36-38, pag. 57, pag. 58-59 din Răspunsul consolidat.

Astfel cum se poate observa din analiza acestor răspunsuri, refuzul autorității contractante de a accepta varianta echipării autobuzelor electrice doar cu sistem de baterii, este evident vătămător pentru mulți potențiali ofertanți. Obligația echipării autobuzelor cu supercapacitori este cel puțin ciudată, având în vedere că, în momentul de față, nu se cunoaște să existe un astfel de produs omologat la nivel european. Această condiție este inutilă în condițiile existenței unor tehnologii moderne pentru construcția bateriilor autobuzelor electrice, care, momentan, oferă condiții de stocare a energiei mult superioare celor oferite de supercapacitori.

În continuarea argumentelor învederate de ceilalți potențiali ofertanți cu privire la cerința contestată, contestatorul aduce în vedere Consiliului și alte argumente de natură tehnică, menite a combate raționamentul autorității contractante.

În primul rând, supercapacitorii sunt unități de stocare a energiei, utilizate în principal în sistemele autobuzelor hibride diesel-electrice. Aceștia servesc la stocarea și reutilizarea energiei prin recuperarea energiei termice generate în timpul frânării autobuzului. Însă, în mod uzual, în cazul autobuzelor electrice echipate cu baterii, în loc de supercapacitori, energia recuperată este stocată în baterii de înaltă tensiune. Prin urmare, supercapacitorii nu sunt necesari pentru stocarea energiei.

Astfel, în răspunsurile autorității contractante învederate supra, aceasta declară că bateriile electrice au în general o inerție mai mare decât supercapacitorii și, prin urmare, performanța lor de recuperare a energiei va fi mai scăzută în cazurile în care nu se folosesc supercapacitori. Din punct de vedere tehnic, aceste argumente nu sunt valide, întrucât bateriile autobuzelor electrice au o capacitate de transfer instantanee a puterii mult peste puterea gestionată de motorul electric și sistemul invertor instalat pe vehicul, astfel că nu există nicio pierdere de performanță din cauza inerției (pentru un motor electric de 200+ kW și o capacitate a bateriei de 300+ kWh, bateriile au o capacitate instantanee de transfer de putere de 600+ kW și, prin urmare, nu există pierderi de performanță din cauza acestei puteri).

În alte răspunsuri, obligativitatea echipării autobuzelor cu supercapacitori este motivată prin faptul că energia recuperată prin efectul termic (frânare reostatică) nu ar fi pierdută, ci recuperată, stocată și reutilizată sub forma unui curent recuperat mai mare, iar dacă reglarea și stocarea energiei recuperate s-ar realiza doar în bateriile de înaltă tensiune, nu ar fi acoperite vârfurile de tensiune. În plus, autoritatea contractantă afirmă că numai supercapacitorii pot acumula curentul de frânare într-un timp scurt și propune ca acesta să fie recuperat în supercapacitori, nu în baterii, urmărind extinderea atât a celor mai bune performanțe ale sistemului, cât și a duratei de viață a bateriei, fără a-l supune frecvent la încărcări rapide pe termen scurt. Totuși, autoritatea contractantă omite să menționeze că bateriile de înaltă tensiune utilizate în echiparea autobuzelor

electrice au o capacitate de rezistență foarte mare la impactul vârfurilor de tensiune (bateriile de 100+ kWh au o capacitate instantanee de rezistență la putere de 600+ kW). De asemenea, astfel cum este prevăzut în specificațiile tehnice, autoritatea contractantă solicită o garanție pentru bateriile de înaltă tensiune ale autobuzelor care să asigure 80% din starea de sănătate a acestora după 8 ani de utilizare, responsabilitatea fiind pusă astfel în sarcina ofertantului. Prin urmare, de ce mai sunt considerați supercapacitorii necesari într-o astfel de situație?

În al doilea rând, contestatorul menționează că, la momentul actual, există și alte dezavantaje ale supercapacitorilor. Sub un prim aspect, precizează că aceștia pierd singuri 10-20% din încărcătura zilnică, în timp ce bateriile de înaltă tensiune oferă o ieșire de tensiune aproape de o valoare constantă. Tensiunea de la supercapacitori scade în funcție de nivelul de încărcare. În plus, supercapacitorii au valori scăzute ale energiei specifice și au costuri unitare ridicate per Watt.

Mai mult, în raport de tehnologia supercapacitorilor folosiți pentru autobuze electrice, în urma unei analize a pieței, atât la nivel național, cât și european, contestatorul nu a identificat operatori economici care să dețină un astfel de sistem de stocare a energiei, deoarece nu este considerat ca acordând vreun beneficiu suplimentar pentru recuperarea, stocarea și reutilizarea energiei. În această cercetare a pieței, a fost adus la cunoștință că doar o companie de origine chineză folosește supercapacitori în echiparea autobuzelor sale electrice.

În consecință, introducerea unei cerințe eliminatorii în raport de lipsa supercapacitorilor excedează fără echivoc cerințelor rezonabile pe care o autoritate contractantă le poate insera în documentația de atribuire, existând riscul încălcării fără justificare a principiilor privind concurența efectivă între operatorii economici.

Prin urmare, contestatorul învederează Consiliului că această cerință prin care se impune echiparea autobuzelor și cu supercapacitori este una excesivă, dat fiind că, din cunoștințele sale, pe piața concurențială din România și din Uniunea Europeană, nu există la acest moment comercializarea de autobuze electrice care să aibă integrate un sistem de supercapacitori. În plus, la acest moment, nu există date în piața de profil autohtonă despre existența vreunui tip de autobuz electric cu baterii, care să integreze și supercapacitori, iar, în România, niciuna dintre autoritățile contractante care au achiziționat autobuze electrice nu a solicitat o combinație a ambelor sisteme (baterii și supercapacitori). Aceasta este o tehnologie încă în cercetare și dezvoltare, astfel încât, impunerea unei cerințe care să solicite în mod expres atât baterii, cât și supercapacitori, va conduce la depunerea unui număr extrem de limitat de oferte în această procedură, încălcându-se astfel principiile esențiale care stau la baza procedurilor de achiziții publice.

În acest sens, se solicită Consiliului să aibă în vedere și jurisprudența CNSC și art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, din care se citează (Decizia CNSC nr. BO2021_321 și nr. 2077/C1/2073).

În al treilea rând, contestatorul menționează că tehnologiile moderne care conțin baterie de tipul Sistem Reîncărcabil de Stocare a Energiei

(SRSEE) de înmagazinare de capacitate mare folosite în mod uzual în construcția autobuzelor electrice au și rolul de stocare a energiei recuperate în timpul frânării, baterie superioară ca și capacitate de stocare și ca durată, făcând ca acest sistem să fie unul foarte eficient și suficient. Mai mult, cantitatea de energie recuperată în timpul frânării cu un astfel de sistem este afișată pe display-ul computerului de bord, iar sistemul de baterii al acestei tehnologii oferă capacitate superioară de înmagazinare a energiei pe perioade lungi de timp. Prin urmare, obligația echipării autobuzelor cu supercapacitori este abuzivă, restrângând într-un mod nepermis concurența.

Separat, se aduce în vederea Consiliului faptul că, înainte de lansarea prezentei proceduri, autoritatea contractantă a publicat o altă procedură având același obiect, dar care a fost anulată. În caietul de sarcini al respectivei proceduri, se solicita recuperarea energiei din frânare prin baterii și, alternativ, se acceptă și supercapacitori, astfel cum ar trebui să fie formulată cerința și în prezenta procedură de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractantă ar trebui să accepte și oferte în care autobuzele sunt dotate doar cu baterie - Sistem reîncărcabil de stocare a energiei (SRSEE) de înmagazinare de capacitate mare, lăsând deschisă concurența atât pentru eventuale autobuze ce sunt dotate cu supercapacitori, cât și pentru cele dotate doar cu baterii, permițând astfel operatorilor economici să participe cu produse având instalate oricare dintre cele 2 sisteme de stocare a energiei.

Având în vedere toate aceste argumente, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea Răspunsului consolidat și, în consecință, să procedeze la modificarea cerinței contestate (prevăzute la punctele 3, 3.4.1.4.1., 3.4.1.5.24*2., 3.4.1.5.24.3., 3.4.1.5.25.1. din caietul de sarcini) în sensul acceptării la ofertare și a autobuzelor echipate doar cu baterie - Sistem reîncărcabil de stocare a energiei (SRSEE) de înmagazinare de capacitate mare, care include un sistem foarte eficient de stocare a energiei recuperate în timpul frânării pe termen lung, cerința din documentația de atribuire devenind astfel alternativă, iar nu cumulativă.

4.2 Cerința privind garanția tehnică. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul eliminării noțiunii garanției tehnice din documentația de atribuire.

Conform Răspunsului consolidat, pag. 9, cerința privind garanția tehnică a fost clarificată într-un mod eronat, astfel:

„Întrebare 3:

Având în vedere titlul art. 12 din contractul de furnizare propus «Garanția de bună execuție a contractului și Garanția tehnică de bună execuție a contractului», precum și lipsa reglementărilor referitoare la Garanția tehnică de bună execuție a contractului atât din contractul propus cât și din legislația actuală, vă solicităm să confirmați că «Garanția de bună execuție a contractului» este cea reglementată de HG nr. 395/2016 cap. II paragraf 5, art. 39-42.

Răspuns 3:

Garanția de bună execuție menționată în draftul de contract este conform prevederilor legale în vigoare, respectiv HG nr. 395/2016 pentru

aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Garanția tehnică de bună execuție este reglementată în documentația de atribuire - proiectul de contract la art. 1 lit. ee) și art. 7.1 lit. ix)".

Contestatorul aduce în vederea Consiliului că această garanție tehnică nu este reglementată de legislația în vigoare, fiind o cerință abuzivă și excesivă, care încalcă principiile esențiale ale achizițiilor publice.

Mai mult, trimiterile menționate de autoritatea contractantă, care „reglementează” această garanție, nu sunt decât reminiscențe ale propunerii de contract care a făcut parte din documentația de atribuire a procedurii anterioare, organizată de Municipiul București, având același obiect, și anume „Achiziția a 100 autobuze electrice”, care a fost însă anulată.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 1 lit. ee) și art. 7.1 lit. ix) din contract și precizează faptul că față de aceste articole, singura mențiune despre „garanția tehnică de bună execuție” se mai află și în denumirea art. 12 din Proiectul de contract, și anume „Garanție de bună execuție a contractului și Garanția tehnică de bună execuție a contractului”, însă, în cuprinsul art. 12 nu există nicio clauză care să facă referire la aceasta din urmă, fiind neclar atât quantumul, cât și utilitatea ei. Prin urmare, este evidentă eroarea în care se află autoritatea contractantă cu privire la acest presupus instrument. În mod corect, trimiterile ar trebui să se refere doar la „garanția de bună execuție”, garanție ce într-adevăr este reglementată de prevederile legale și poate fi constituită prin scrisoare de garanție bancară.

În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și Decizia CNSC nr. 577/2020, decizie ce a fost adoptată tocmai în legătură cu procedura anterioară anulată, organizată de Municipiul București având același obiect. La acel moment, contestatorul a solicitat eliminarea garanției tehnice din contract, CNSC pronunțându-se în mod expres în sensul eliminării acesteia. Se prezintă un extras din respectiva decizie, pct. II.3, pag. 23-25.

În plus, contestatorul aduce în vedere Consiliului faptul că, raportat la procedura anulată menționată supra, există și corespondența cu instituțiile financiare prin care acesta a solicitat oferta cu privire la un astfel de instrument, iar răspunsul primit a fost în sensul că nu există un astfel de produs în portofoliul nici al băncilor și nici al societăților de asigurare, astfel încât nu poate emite un astfel de instrument de garantare.

În consecință, lăsând la o parte faptul că o garanție tehnică de bună execuție, solicitată în plus față de garanția de execuție ar fi contrară legii și principiilor privind procedurile de achiziții publice, este evident faptul că în prezentul Proiect de contract, trimiterile la „garanția tehnică de bună execuție” sunt doar „resturi de informații” omis a fi eliminate. Acest argument este întărit și de faptul că nu există prevederi care să detalieze quantumul acestei garanții, utilitatea ei ori modul de constituire, astfel cum a fost prevăzut în proiectul anterior de contract din cadrul procedurii ce a fost anulată (prevederile detaliate din procedura anterioară pot fi identificate în Decizia CNSC nr. 577/2020, citată mai sus).

Prin urmare, în raport de aceste aspecte și pentru a înlătura orice eroare de interpretare, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea Răspunsului consolidat și la eliminarea mențiunilor cu privire la „garanția tehnică de bună execuție” din documentația de atribuire (Proiectul de contract), dat fiind faptul că un astfel de instrument este contrar legii și nu poate fi constituit.

4.3 Cerința privind documentația de omologare a autobuzului electric oferat. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul prezentării omologărilor de tip care vor cuprinde toți parametrii oferați conform cerințelor caietului de sarcini la data livrării autobuzelor, dat fiind că, prin Răspunsul consolidat, autoritatea contractantă a încercat modificarea cerinței inițiale, impunând o condiție excesivă și foarte restrictivă.

Conform Răspunsului consolidat, pag. 46-47, autoritatea contractantă a clarificat după cum urmează:

„Întrebare 15:

Solicitarea de clarificare nr. 15 cu privire la cerința:

Ofertantul va prezenta copiile «conform cu originalul» ale documentației de omologare a autobuzului electric oferat, din care să rezulte că:

- Autobuzele electrice oferate sunt omologate cu certificat de omologare națională de tip pentru autovehicule, în categoria M3, emis de către Registrul Auto Român (RAR); sau*

- Autobuzele electrice oferate sunt omologate într-unul din statele membre ale UE, de către o autoritate competentă, în categoria M3.*

Vă rugăm să confirmați că ofertanții vor putea prezenta la momentul ofertării certificatul de omologare pentru autobuzul electric oferat, iar ulterior se va putea face extinderea omologării pentru a include subansamble suplimentare față de produsul de serie omologat și care decurg din necesitatea adaptării autobuzului la cerințele speciale ale caietului de sarcini, cum ar fi echiparea cu supercapacitori sau cu sistemul de captare tip pantograf, printr-o extensie a omologării existente, care se va face după contractare și înainte de livrare, iar în această situație nu este obligatorie prezentarea la momentul ofertării a omologării autobuzului electric oferat dotat cu aceste elemente speciale suplimentare, respectiv echiparea cu supercapacitori sau cu sistemul de captare tip pantograf.

Răspuns 15:

Autoritatea contractantă NU este de acord cu solicitarea operatorului economic. Autobuzul oferat trebuie să dețină omologare conform cerințelor caietului de sarcini.”

Din răspunsul autorității contractante rezultă evident că aceasta nu este de acord cu solicitarea de clarificare adresată de un operator economic în sensul citat mai sus. O atare concluzie conduce la interpretarea că autoritatea contractantă solicită deținerea și depunerea documentației de omologare a autobuzului oferat în varianta complet echipată conform cerințelor documentației de atribuire, încă de la data depunerii ofertelor, iar nu la o dată ulterioară (data livrării acestora).

Or, în practică, cerința adoptată de toate autoritățile contractante care au inițiat sau se află în proceduri de achiziție de autobuze electrice, a constat/constă în prezentarea certificatului european de omologare (ultima

extensie disponibilă la data ofertării) pentru autobuzul de serie, urmând ca particularitățile reieșite din caietele de sarcini publicate să fie reflectate exclusiv de către ofertantul câștigător (devenit contractant și furnizor) prin obținerea unei extensii a certificatului european de omologare și care va fi disponibilă la momentul livrării autobuzelor.

Răspunsul tranșant al autorității contractante de a nu accepta o astfel de posibilitate (și) în cazul acestei proceduri de atribuire, determină contestatorul să creadă faptul că, la data inițierii prezentei proceduri, există deja un potențial operator economic care deține un model de autobuz cu o variantă complet echipată, îndeplinind 100% din cerințele documentației de atribuire, precum și documentația de omologare a acestuia. Or, este absolut imposibil ca, la data prezentei, potențialii operatori economici să dețină în raport de portofoliul actual de produse inclusiv omologarea tuturor modelelor de autobuz electric de 12 m, respectiv în toate posibilele variante care să satisfacă 100% cerințele unei autorități contractante, cu atât mai puțin pe cele din prezenta procedură (care include și supercapacitori - o tehnologie dezbătută de mai mulți operatori economici - atât în perioada de clarificare, cât și prin contestare). Această cerință este evident restrictivă și încalcă principiile esențiale ale achizițiilor publice, cu precădere tratamentul egal, dar și libera concurență. În plus, se face mențiunea că autoritatea contractantă nu a formulat clar cerința inițială din documentația de atribuire, conform căreia s-ar fi dorit omologarea încă de la momentul ofertării, observându-se astfel caracterul și mai excesiv al răspunsului acesteia, de natură a limita într-un mod abuziv concurența.

Astfel, în măsura în care nu se va clarifica cerința, aceasta va deveni cu atât mai restrictivă, dat fiind faptul că obligația de a ofera un autobuz deja omologat care să cuprindă la data depunerii ofertei toate subansamblele suplimentare față de produsul de serie omologat (cum ar fi echiparea cu supercapacitori sau cu sistemul de captare tip pantograf, etc.) ar presupune un efort (tehnic, logistic, dar și financiar) nejustificat pentru participanții din prezenta procedură. Ofertanții vor fi obligați să echipeze și să obțină omologarea unui autobuz electric care să cuprindă toți parametrii și toate echipamentele și subansamblele solicitate conform documentației de atribuire, fără a avea însă nicio predictibilitate asupra șanselor de câștig.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 50 din Legea nr. 98/2016 și art. 1 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 și solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea Răspunsului consolidat (Răspunsul nr. 15 pag. 46-47), în sensul clarificării faptului că, la momentul ofertării, certificatul de omologare se va depune pentru autobuzul electric de serie ofertat, iar, ulterior, ofertantul declarat câștigător va obține extinderea omologării pentru a include adaptarea corespunzătoare a acestui autobuz la oferta depusă și cerințele caietului de sarcini.

În acest scop, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă inclusiv la remedierea documentației de atribuire, în sensul completării cerinței 3. DESCRIEREA PRODUSELOR SOLICITATE, pag. 5 din caietul de sarcini cu următoarea frază: *„În ambele variante, omologările de tip care vor cuprinde toți parametrii oferați conform cerințelor caietului de sarcini vor fi predate la data livrării autobuzelor”*.

4.4 Răspunsul consolidat contravine principiilor proporționalității și asumării răspunderii inclusiv cu privire la clarificările aduse la Proiectul de contract

4.4.1. Clauza contractuală 17.3. a Proiectului de contract. Eliminarea sau, după caz, modificarea acestei clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acesteia.

În clauza 17.3. din Proiectul de contract de furnizare 100 autobuze electrice se precizează că: *„În cazul în care plățile nu pot fi efectuate din cauza unor situații neprevăzute în legătură cu contul bancar/alocarea bugetară/disponibilizați bănești conform contului de execuție al Trezoreriei Municipiului București, Municipiul București nu datorează majorări, penalități sau daune interese Furnizorului”*.

Se poate observa că există o definiție a noțiunii de *„situații neprevăzute”* în legătură cu contul bancar/alocarea bugetară/disponibilitățile bănești conform contului de execuție al Trezoreriei Municipiului București, autoritatea contractantă rezervându-și dreptul de a nu fi trasă la răspundere pentru neexecutarea plăților pentru orice situație neprevăzută, deci în mod nedeterminat și nelimitat. Interpretarea noțiunii va putea fi stabilită de la caz la caz, în momentul producerii unei situații care, în opinia autorității contractante ar fi *„neprevăzută”*.

Riscul este reprezentat de interpretarea arbitrară a noțiunii de *„situații neprevăzute”* pentru care această clauză poate fi activată, conducând la o incertitudine în ceea ce privește executarea obligațiilor de către autoritatea contractantă. Prin neintroducerea niciunei sancțiuni de partea autorității contractante și permițându-i acesteia sistarea plăților din orice *„situație neprevăzută”*, fără nicio limitare clară, se aduce un risc Furnizorului de a nu mai putea continua el însuși contractul, cu toate consecințele legale și financiare ce ar urma.

În sensul executării la timp a plăților rezultate din tranzacții cu autorități publice, este și Directiva 2011/7/UE privind combaterea întârzierii în efectuarea plăților în tranzacțiile comerciale, din care se citează prevederile art. 4 alin. (3), precum și art. 320 alin. (1) din Codul fiscal, art. 6 alin. (1) și (3) din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Contestatorul atrage atenția Consiliului asupra faptului că această clauză ar putea presupune că, în cazul în care autoritatea contractantă însăși decide în timpul executării contractului să aloce fondurile disponibile în alte scopuri (situație neprevăzută inițial, dar a cărei necesitate se constată pe parcursul anului) și va întârzia în mod conștient plata, Furnizorul nu va avea dreptul să pledeze pentru penalități/daune, indiferent cât ar dura această întârziere.

Modificarea acestei clauze a fost solicitată prin intermediul solicitărilor la clarificare (întrebarea nr. 21 - pag. 27 din Răspunsul consolidat), în vederea adăugării unei penalități pentru întârzierea efectuării plății, în valoare de 0,04% din valoarea plăților restante pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor. Autoritatea contractantă a refuzat

modificarea, menținând formularea din documentația de atribuire, făcând o precizare generală (regăsită la toate celelalte răspunsuri privind Proiectul de contract din cadrul Răspunsului consolidat) și anume: *„În jurisprudență s-a admis că autoritatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general”*. Limitele în cauza sunt însă lăsate la latitudinea autorității care, într-o accepție subiectivă, își exercită atribuția de putere publică prin determinarea acelor clauze cu rol de salvagardare a interesului public. Relevante contextului sunt prevederile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, care se citează.

Contestatorul apreciază argumentele autorității contractante ca fiind nefondate și nelegale, iar lipsa modificării clauzelor ca fiind un real dezavantaj de partea ofertanților. Propunerea de modificare nu reprezintă altceva decât o reglare din punct de vedere al proporționalității prestațiilor, respectiv al penalităților percepute. Menținerea clauzei, fără a lua în calcul amendamentul propus, reprezintă un dezavantaj pentru furnizor, care nu va avea dreptul să pledeze pentru penalități/daune, indiferent cât ar dura întârzierea la plată din partea autorității contractante.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul evocă și jurisprudența CNSC, din care citează.

Ca o notă generală pentru toate răspunsurile la solicitările de clarificare, referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a *„principiul libertății contractuale care este subordonat principiului interesului public”*, ținând cont de natura administrativă a contractului, contestatorul susține că Proiectul de contract propus cuprinde clauze exorbitante și precizează că interesul public nu dă dreptul autorităților să impună clauze ce exced limitelor legii, intrând în sfera celor abuzive, doar pentru că dețin calitatea de autoritate publică și se citează art. 15 din Codul Civil.

Luând în considerare toate cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și, în consecință, să procedeze la modificarea clauzei contractuale nr. 17.3. a Proiectului de contract, în sensul introducerii unei penalizări exprimate procentual ce incumbă autorității contractante 0,04% din valoarea plăților restante pentru fiecare zi de întârziere, până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor.

4.4.2. Clauza contractuală 26.8. din Proiectul de contract. Eliminarea sau, după caz, modificarea acestei clauze având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acesteia.

În clauza 26.8. din Proiectul de contract, se precizează că: *„Achizitorul își rezervă dreptul de a denunța unilateral contractul de furnizare produse în cel mult 15 zile de la apariția unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului, cu condiția notificării Furnizorului cu cel puțin 3 zile înainte de momentul denunțării”*.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că această clauza oferă și ea o gamă extrem de largă de posibilități pentru Beneficiar (STB-SA) de a denunța unilateral contractul, iar Furnizorului nu i se oferă niciun fel de protecție juridică în situația în care autoritatea contractantă ar uzita de acest

drept (daune interese). Deși s-a încercat și în această situație modificarea clauzei (întrebarea nr. 22 - pag. 28 din Răspunsul consolidat), răspunsul a fost identic cu cel menționat la punctul 4.4.1. de mai sus.

Pentru a motiva necesitatea modificării acestei clauze, contestatorul menționează că, odată încheiat un contract, în activitatea economică a Furnizorului se derulează o serie de activități (evaluarea anumitor costuri, demersuri pentru pregătirea produselor conform specificațiilor tehnice solicitate de către beneficiar etc.), iar o eventuală denunțare intempestivă a contractului de furnizare, fără a avea vreo prefigurare clară asupra a ceea ce semnifică *„circumstanțe care nu au putut fi prevăzute”*, poate duce la abuzuri din partea autorității contractante și, implicit la afectarea activității economice a Furnizorului, prin oprirea bruscă a furnizării unor produse deja construite conform specificațiilor tehnice cerute.

Mai mult, contestatorul arată că în cuprinsul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, se prevăd cazuri limitate de denunțare unilaterală, cum ar fi art. 222 alin. (1) și (2), art. 223 alin. (1) și (2), precum și art. 1351 Cod civil, care sunt citate.

Pentru a oferi un echilibru contractual, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea sau modificarea clauzei, prin care să se prevadă cel puțin următoarele: (i) definirea clară a noțiunii de *„circumstanțe care nu au putut fi prevăzute”*, (ii) recunoașterea dreptului Furnizorului de a fi despăgubit în situația în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de legea comună pentru acordarea penalităților/despăgubirilor și (iii) obligarea autorității contractante la plata de daune-interese compensatorii proporțional cu prejudiciul suferit și dovedit.

În acest sens, contestatorul evocă jurisprudența în materie și citează dintr-o Decizie a CNSC.

Luând în considerare toate cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și, în consecință, să procedeze la modificarea clauzei contractuale nr. 26.8. din Proiectul de contract, în sensul introducerii unei definiții clare a noțiunii de *„circumstanțe care nu au putut fi prevăzute”* și obligarea acesteia la plata de daune-interese compensatorii proporțional cu prejudiciul suferit și dovedit.

4.4.3. Clauzele contractuale 21.8.1. și 21.8.2. ale Proiectului de contract. Eliminarea acestor clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acestora.

În clauza 21.8.1 din Proiectul de contract se precizează că: *„Daunele indirecte sunt daunele datorate Cumpărătorului de către Furnizor în cazul unor evenimente rutiere, accidente de muncă sau evenimente PSI datorate apariției de defecțiuni în termen de garanție imputabile Furnizorului”*, iar în clauza 21.8.2: *„Furnizorul va plăti daune indirecte produse terților în baza constatărilor făcute de organele în drept (Poliția Rutieră, organul de asigurare al asigurătorului, Inspectoratul Teritorial de Protecție a Muncii, Pompierii militari, etc.”*.

Contestatorul face precizarea că s-a solicitat autorității contractante (întrebarea nr. 23 - pag. 28 din Răspunsul consolidat) să elimine această clauză, deoarece un astfel de risc indirect este imposibil de proiectat în viitor

și, cu atât mai puțin, pe întreaga perioadă de garanție. Introducerea de clauze arbitrare generatoare de riscuri imposibil de estimat și în consecință de inclus în ofertă pentru viitorii furnizori, nu poate avea ca rezultat decât descurajarea participanților serioși care nu pot ignora asemenea riscuri și în acest caz, autoritatea contractantă a oferit același răspuns general detaliat deja la punctul 4.4.1. de mai sus.

În cazul săvârșirii unor nereguli de către Furnizor față de Beneficiar, există numeroase pârghii legale și/sau contractuale (garanție de bună execuție, penalități, daune-interese) pentru atragerea răspunderii acestuia în baza contractului de achiziție publică, însă introducerea clauzei contestate, nu poate fi considerat un mijloc rezonabil, legal pentru atingerea intereselor contractuale ale autorității contractante, mai cu seamă că Furnizorul oricum răspunde față de terți, în baza dreptului comun, dacă se constată culpa sa într-o anumită situație și, astfel, nu se înțelege rolul acestei clauze.

În acest sens, contestatorul indică prevederile Codului civil (art. 1357) și evocă jurisprudența CNSC, din care citează.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să renunțe la această clauză, deoarece aplicabilitatea situației prevăzute în cuprinsul acesteia este deja reglementată conform Codului civil, iar aceasta deține deja modalități proprii de tragere la răspundere a Furnizorului, această clauză ducând la o dublă sancționare nefondată a Furnizorului și îl supune la un risc imprevizibil și nedeterminat.

Luând în considerare toate cele de mai sus, se solicită obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire și, în consecință, să procedeze la eliminarea clauzelor contractuale nr. 21.8.1 și nr. 21.8.2 din Proiectul de contract, în sensul renunțării la daunele indirecte ce pot fi atrase de terțe persoane față de acest contract.

4.4.4. Clauza contractuală nr. 16.1.4. din Proiectul de contract. Eliminarea sau, după caz, modificarea acestei clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acesteia.

În clauza 16.1.4. a Proiectului de contract, se precizează că: *„Achizitorul prin intermediul Beneficiarului (STB-SA) își rezervă dreptul de a putea achiziționa de pe piață materiale, subansamble și agregate de origine (identice cu cele din echiparea inițială a autobuzului) și de a le înlocui pe cele defecte, fără ca Furnizorul să scoată autobuzul electric din garanție, în situația în care acesta nu le poate asigura din motive obiective.”*

Contestatorul solicită Consiliului să observe riscul pe care această clauză îl aduce Furnizorului, deoarece nu este descrisă nicio procedură de urmat în cazul unei situații ca cea expusă în această clauză. Aceste elemente pot fi interpretate în mod liber de către autoritatea contractantă, costul urmând să fie rambursat de către Furnizor. Fără o analiză prealabilă din partea Furnizorului a achiziției planificate, se poate ajunge la nenumărate abuzuri (o parte a motorului este defectă, dar Beneficiarul (STB-SA) decide să cumpere întreaga unitate de motor).

Și cu privire la această clauză s-au solicitat clarificări, însă răspunsul (nr. 24, pag. 29 din Răspunsul consolidat) autorității contractante este unul vag, neclar și imprecis, menționând că *„este necesar ca autobuzul electric să funcționeze corect și fără imobilizări. În situațiile în care furnizorul, din*

diverse motive, nu poate asigura piesele de schimb pentru repunerea de urgență în funcțiune a autobuzului, Achizitorul este în drept să achiziționeze de pe piață piesele respective la același nivel de calitate cu cel stabilit la piesele din prima dotare de pe autobuz”.

Prin solicitarea de clarificare nu s-a negat faptul că autobuzul electric trebuie să funcționeze corect și fără imobilizări, însă, autoritatea contractantă nu face decât să reproducă aceeași idee, într-o altă formulare, fără a clarifica sau a aduce un plus informației prezentate.

Astfel, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă refuză indirect clarificarea clauzei, fără a motiva decizia sa și, în acest sens, se evocă jurisprudența CNSC, din care se citează.

Propunerea de modificare a clauzei are ca scop reducerea unui risc imprevizibil pentru Furnizor, pe care în conținutul său actual această clauză îl aduce, precum și stabilirea unei proceduri prin care să se indice cazurile în care autoritatea contractantă va putea să achiziționeze pe seama Furnizorului.

Contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă să stabilească o procedură clară cu situațiile în care se poate ajunge la achiziționarea directă (autoritatea contractantă poate achiziționa ea însăși piese/elemente de schimb în măsura în care Furnizorul refuză în mod expres să predea acesteia piesele/elementele de schimb solicitate sau nu le predă într-un termen rezonabil, dacă livrarea depinde doar de către Furnizor sau într-un termen de 30 de zile în situația în care livrarea depinde de terțe persoane). Mai mult, se consideră oportună obligarea autorității contractante de a stabili în procedura de urmat, efectuarea unei analize prealabile asupra problemei semnalate cu sprijinul Furnizorului, a cantității pieselor/elementelor produsului ce trebuie înlocuite și, de asemenea, a evaluării costurilor estimative, fără a putea depăși costurile rezonabile pe care Furnizorul le-ar fi făcut dacă ar fi efectuat el însuși înlocuirea. Se consideră că refuzul sau imposibilitatea executării de către Furnizor a obligației sale trebuie să fie expresă, fără a se lasă loc la interpretări, altfel încât autoritatea contractantă să nu poată procura ea însăși piese/elemente de schimb de la terțe părți pe seama Furnizorului din simpla interpretare că acesta din urmă nu ar putea să o facă.

Luând în considerare toate cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire și, în consecință, să procedeze la modificarea clauzei contractuale nr. 16.1.4. din Proiectul de contract, în sensul introducerii unei proceduri clare de urmat în cazul imposibilității Furnizorului de a livra piese/elemente de schimb pentru produse.

4.5 În subsidiar, anularea procedurii de atribuire

În subsidiar, contestatorul solicită Consiliul ca, în situația în care nu este posibilă remedierea documentației atacate, în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (2) pct. c) și alin. (7) din Legea nr. 101/2016, să dispună anularea procedurii de atribuire.

În acest sens, contestatorul învederează faptul că, într-o altă procedură recentă, organizata de Municipiul Sfântu Gheorghe, având ca obiect „*Achiziționare autobuze electrice și stații de încărcare cu montare și punere în*

funcțiune”, conform anunțului de participare nr. CN1038518V15.01.2022, prin care au fost contestate motive similare de nelegalitate (cerința privind supercapacitorii), autoritatea contractantă a luat decizia anulării procedurii, dat fiind că, în urma analizării solicitărilor de clarificări și contestațiilor depuse, a considerat că „nu există altă posibilitate de remediere decât anularea procedurii în cauză, având în vedere că modificările/ajustările care ar trebui aduse documentației de atribuire/caietului de sarcini ca urmare a celor invocate de operatorii economici interesați, ar modifica în mod substanțial documentația/cerințele/criteriile inițiale, și ar afecta în mod esențial principalele specificații tehnice, care au fost stabilite inițial. Prin urmare, considerăm că se impune reanalizarea cerințelor/criteriilor/specificațiilor stabilite în cadrul unui caiet de sarcini reformulat.”

5. Concluzie

Pentru toate argumentele învederate anterior, ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL solicită CNSC admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată, obligarea autorității contractante la a transmite, odată cu dosarul achiziției publice, inclusiv referatul de necesitate și studiul de oportunitate/nota de fundamentare în baza căreia s-a organizat și inițiat prezenta procedură de atribuire.

Prin adresa nr. 121885/04.02.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 6268/07.02.2022, ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL transmite Note Scrise, cu privire exclusiv la punctul de vedere nr. 401/03.02.2022 al autorității contractante asupra cererii de suspendare a procedurii.

Prin adresa nr. DP443/07.02.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 6512/07.02.2022, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă face precizarea că a inițiat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție a unui număr de 100 de autobuze electrice și a infrastructurii de încărcare necesară acestora” prin publicarea anunțului de participare nr. CN1037659/16.12.2021 în SEAP, cu termen limită pentru primirea ofertelor, data de 09.02.2022 (prin Anunțul de tip erată EN1033628/06.01.2022 a fost prelungit termenul limită pentru primirea ofertelor de la data de 25.01.2022 la data de 02.02.2022, prin Anunțul de tip erată EN1034109/23.01.2022, a fost prelungit termenul limită pentru primirea ofertelor de la data de 02.02.2022 la data de 09.02.2022; prin Anunțul de tip erată EN1034415/04.02.2022, a fost prelungit termenul limită pentru primirea ofertelor de la data de 09.02.2022 la data de 16.02.2022) și solicită Consiliului respingerea contestației formulată de către ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, având în vedere următoarele considerente:

I. Cu privire la punctul 4.1. din contestație: Cerința privind supercapacitorii. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul acceptării și a autobuzelor echipate doar cu baterie - Sistem Reîncărcabil de Stocare a Energiei (SKSEE) de înmagazinare de capacitate mare, care are și rolul de stocare a energiei recuperate în timpul frânării.

În cadrul celor două proceduri anterioare derulate privind achiziția a 100 autobuze electrice, autoritatea contractantă nu a primit solicitări de clarificări privind echiparea autobuzelor cu supercapacitori, deși cerința era menționată în documentația de atribuire.

În specificațiile tehnice postate în cadrul consultării de piață de pe SEAP (încheiată prin raportul privind consultarea pieței nr. 4686/15.04.2021), la caracteristici minimale obligatorii se regăsește „Autobuzul va fi dotat și cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei de frânare”. În cadrul răspunsurilor primite de la posibili ofertanți, nu s-au primit solicitări de clarificări cu privire la supercapacitori, astfel se consideră faptul că prețurile oferite de către furnizori includ și costurile privind supercapacitorii.

ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL este unic importator și distribuitor pe piață din România, al autobuzelor: Isuzu, Temsa, Karsan și Sor. Printre entitățile care au răspuns la consultarea de piață se afla chiar contestatorul, care a transmis 3 oferte conforme (două dintre ele în termenul solicitat prin anunțul de prospectare și una în afara termenului) pentru autobuzele SOR ENS 12, TEMSA AVENUE ELECTRON, KARSAN KRS 12. Niciunde în ofertele depuse de acesta nu se menționează că nu va echipa autobuzele cu supercapacitori.

Instalația de frânare electrică a autobuzului trebuie să recupereze valori cât mai mari de curent fără a solicita în vreun fel bateria autobuzului. Nu se urmărește pierderea energiei recuperate prin efect termic (frânare reostatică), ci recuperarea, înmagazinarea și reutilizarea unui procent cât mai mare a curentului recuperat. Frânarea electrică cu motorul în mod generator produce vârfuri de tensiune și valori mari de curent, care sunt greu de regularizat și înmagazinat utilizând baterii convenționale; autoritatea contractantă consideră că doar supercapacitorii pot acumula în timp scurt curentul produs pe frânare, iar recuperarea acestuia în supercapacitori, nu în baterii, urmărește atât un randament cât mai bun al sistemului, cât și prelungirea vieții bateriei, nesupunând-o la încărcări frecvente de scurtă durată cu ocazie fiecărei frânări. Autoritatea contractantă menține solicitarea dotării autobuzelor electrice cu supercapacitori pentru înmagazinarea energiei recuperată pe frânare.

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat aceste cerințe tehnice în intenția de a achiziționa produse performante și de ultima generație, iar în urma consultării de piață, a decis suplimentarea valorii estimate a prezentei procedurii față de cele 2 proceduri precedente anulate, tocmai în baza cerințelor tehnice de ultimă generație.

Contestatorul încearcă o întârziere artificială a procedurii sau, cel puțin, încearcă să diminueze costurile de producție ale autobuzului, prin eliminarea unor cerințe tehnice solicitate, astfel încât produsul oferit de către acesta să fie unul mai puțin competitiv, urmărind obținerea unui profit cât mai mare raportat la valoarea estimată.

II. Cu privire la punctul 4.2. din contestație: Cerința privind garanția tehnică. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul eliminării noțiunii garanției tehnice din documentația de atribuire.

Garanția tehnică de bună execuție stabilită de către autoritatea contractantă în proiectul de contract este o garanție distinctă de garanția de

bună execuție, prin care se urmărește asigurarea îndeplinirii de către furnizor a tuturor obligațiilor contractuale după recepționarea produselor, pe toată perioada de garanție a acestora.

Această modalitate de asigurare privind derularea în bune condiții a contractului de furnizare și în perioada de garanție a autobuzelor electrice livrate și introduse în exploatare, a fost implementată având în vedere Decizia CNSC nr. 2781/C7/3213/3229/3266/3275/3297/3341/3389/3410/3506/3522 din 24.10.2017, din care se citează.

Pe de altă parte, CNSC, potrivit Deciziei nr. 577/2020 pronunțată în fosta procedură organizată de Municipiul București și având același obiect (anulată), consideră că: „... Se impune eliminarea clauzelor 10.6-10.12 privind garanția tehnică de bună execuție, pe motiv că din prevederile contractuale referitoare la această garanție tehnică, pare că, deși se specifică că este distinctă de garanția de bună execuție, reprezintă în fapt o extindere artificială a acesteia. Mai mult, este excesivă solicitarea unei garanții de bună execuție în cuantum de 10% din valoarea contractului, o sumă care presupune un efort considerabil pentru ofertanți ...”.

Având în vedere cele enunțate mai sus, precum și valoarea, complexitatea, obiectul contractului și necesitatea asigurării unui serviciu public de transport în condiții de confort și siguranță și, totodată, asigurarea respectării de către furnizor a tuturor obligațiilor contractuale după recepția autobuzelor electrice livrate, respectiv pe toată perioada de garanție a produselor, autoritatea contractantă apreciază că, pentru protejarea intereselor sale, este necesar ca garanția tehnică de bună execuție să fie menținută exclusiv pentru perioada de garanție a autobuzelor electrice achiziționate, ca instrument de garantare distinct de garanția de bună execuție și, pentru evidențierea și susținerea diferenței între cele două garanții, aceasta clarifică acest aspect prin remedierea proiectului de contract, în sensul completării art. 12 prin inserarea unor noi clauze, astfel:

„12.6. Garanția tehnică de bună execuție a contractului este distinctă de garanția de bună execuție a contractului de furnizare.

12.7. Garanția tehnică de bună execuție a contractului se constituie în LEI prin Scrisoare bancară de garanție tehnică sau printr-un instrument de garantare, cu valabilitate pentru întreaga perioadă de derulare a contractului, emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, depusă la sediul Achizitorului cu 30 de zile înainte de expirarea garanției de bună execuție a contractului. Garanția tehnică de bună execuție va fi emisă de o bancă sau de o societate de asigurări agreată de ambele părți.

12.8. Cuantumul garanției tehnice de buna execuție reprezintă 10% din prețul contractului fără TVA și este în valoare de ... Lei.

12.9. În cazul neconstituirii garanției tehnice de bună execuție, în termenul prevăzut la art. 12.7. din contract, Achizitorul își rezervă dreptul de a executa garanția de bună execuție.

12.10. Garanția tehnică de bună execuție se va elibera în etape, în termen de 15 zile de la ieșirea din garanție a fiecărui lot de câte 25 de autobuze electrice, câte 25% din totalul garanției.

12.11. Achizitorul are dreptul să emită pretenții asupra garanției tehnice de bună execuție, în limita daunelor directe create și/sau a penalităților de întârziere, dacă Furnizorul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract, cu condiția notificării prealabile a Furnizorului, dar fără a fi necesar acceptul Furnizorului.

12.12. În cazul reținerii de către Achizitor a eventualelor daune din valoarea garanției tehnice de bună execuție, Furnizorul se obligă ca în termen de 15 zile să reconstituie garanția până la valoarea anterioară reținerii daunelor.”

III. Cu privire la punctul 4.3. din contestație: Cerința privind documentația de omologare a autobuzului electric oferat. Modificarea Răspunsului consolidat și clarificarea cerinței în sensul prezentării omologărilor de tip care vor cuprinde toți parametrii oferați conform cerințelor Caietului de sarcini la data livrării autobuzelor, dat fiind că, prin Răspunsul consolidat, autoritatea contractantă a încercat modificarea cerinței inițiale, impunând o condiție excesivă și foarte restrictivă.

Conform cerințelor din caietul de sarcini „Fiecare autobuz electric oferat va avea Certificat de omologare de tip RAR (Registrul Auto Român) sau certificat de omologare acordat de către autoritățile competente din statele membre ale Uniunii Europene, în categoria M3”, autoritatea contractantă nu solicită menționarea în certificatele de omologare a existenței unor subansamble, echipamente cerute prin documentația de atribuire - caietul de sarcini, altele decât cele stabilite de autoritățile competente de omologare din țară și din Uniunea Europeană.

Conform cerințelor caietului de sarcini: „Dacă la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor autobuzele oferite au doar omologare eliberată de către o autoritate competentă dintr-un stat membru al UE, ofertantul declarat câștigător are obligația de a întreprinde toate demersurile necesare în vederea acordării de către Registrul Auto Român (RAR) a numărului național de registru (în conformitate cu Ordinul MTCT nr. 2132/2005 pentru aprobarea Reglementărilor privind omologarea individuală, eliberarea cărții de identitate a vehiculelor rutiere și certificarea autenticității vehiculelor rutiere - RNTR 7, cu modificările și completările ulterioare). Numărul național de registru se va obține până la data livrării capului de serie la beneficiar, pe cheltuiala și pe riscul Furnizorului și fără a afecta termenul de livrare.”

Obținerea numărului național de registru de la Registrul Auto Român (RAR) este necesară în scopul eliberării cărților de identitate ale vehiculelor (CIV). În cazul neobținerii numărului național de registru din partea RAR (Registrul Auto Român) până la data livrării capului de serie, se vor aplica clauzele contractuale privind rezilierea din vina Furnizorului. Conform site-ului RAR „Începând cu data de 01.01.2007 pentru vehiculele omologate în conformitate cu directivele-cadru ale Uniunii Europene (directive care se referă la omologarea de tip a întregului vehicul) se aplică procedura de acordarea numărului național de registru. [...]”

În urma obținerii acordării numărului național de registru, importatorii pot solicita un număr nelimitat de cărți de identitate pe care pot să le folosească până la momentul în care omologarea europeană își pierde valabilitatea.

Etapele sunt similare cu cele de la omologarea națională de tip, cu precizarea că se elimină toate etapele ce se referă la prezentarea vehiculului la Departamentul Omologări de Tip în vederea încercărilor și/sau a verificărilor de conformitate.”

De asemenea, prin caietul de sarcini se solicită „În termen de 30 de zile de la data semnării contractului cu ofertantul declarat câștigător, acesta este obligat de a supune avizării Achizitorului, Standardul de Firmă de produs și Proiectul Tehnic. Standardul de firmă este documentul în care producătorul precizează care sunt principalele caracteristici ale produsului, modul de execuție al acestuia. Standardul de firmă va fi întocmit conform Ghidului pentru elaborarea specificației tehnice/standardului de firmă emis de Registrul Auto Român, cod DG- 01-15, ediția 2, revizia 1.”

Astfel, ținând cont de cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă arată că își menține cerințele caietului de sarcini și face următoarele precizări:

- aceste condiții stabilesc că nu se acceptă la ofertă autobuze neomologate, practic produse netestate și neverificate;

- solicitarea din caietul de sarcini de prezentare la ofertă a documentației de omologare pentru autobuzul electric ofertat, se referă la vehiculul de serie omologat și nu este o condiție care să depindă de dotările de echipare solicitate prin caietul de sarcini, cum ar fi: sistem ticketing, sistem numărare calatori, sistem informare calatori, etc.;

- solicitarea contestatorului nu poate fi acceptată, având în vedere că autoritatea contractantă nu poate declara conformă oferta pentru un produs pentru care dovedirea omologării se va face după semnarea contractului, la livrarea primului vehicul, când există riscul major ca acest vehicul să nu obțină omologarea și astfel să se ajungă la rezilierea contractului și la posibila anulare a finanțării.

Având în vedere că autoritatea contractantă este o autoritate publică locală ce prestează serviciul de transport public local de călători, nu poate accepta semnarea unui contract pentru achiziția unor vehicule neomologate conform prevederilor legale.

IV. 4.4. Răspunsul consolidat contravine principiilor proporționalității și asumării răspunderii inclusiv cu privire la clarificările aduse la Proiectul de contract

Cu privire la punctul 4.4.1. din contestație: Clauza contractuală 17.3. a Proiectului de contract. Eliminarea sau, după caz, modificarea acestei clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acesteia.

Autoritatea contractantă citează Clauza contractuală 17.3. a Proiectului de contract: „17. Modalitatea de plată

17.3. În cazul în care plățile nu pot fi efectuate din cauza unor situații neprevăzute în legătură cu contul bancar/alocarea bugetară/disponibilități bănești conform contului de execuție al Trezoreriei Municipiului București, Municipiul București nu datorează majorări, penalități sau daune interese Furnizorului.”

Pentru o corectă interpretare, autoritatea contractantă clarifică conținutul și utilitatea păstrării clauzei 17.3. din proiectul de contract, în

sensul definirii conform solicitării contestatorului a noțiunii „*situații neprevăzute*”, astfel:

- prin „*situații neprevăzute*”, în legătură cu contul bancar/alocarea bugetară/disponibilități bănești conform contului de execuție al Trezoreriei Municipiului București, Municipality nu datorează majorați, penalități sau daune interese Furnizorului, se referă la:

▪ popriri existente pe conturile de disponibil în conformitate cu prevederile legislative: Ordonanța nr. 22/30.01.2002 privind executarea obligațiilor de plată ale instituțiilor publice, stabilite prin titluri executorii, „*art. 1 Jurisprudență alin. (2) Creanțele stabilite prin titluri executorii în sarcina instituțiilor și autorităților publice nu se pot achita din sumele destinate potrivit bugetului aprobat pentru acoperirea cheltuielilor de organizare și funcționare, inclusiv a celor de personal, în scopul îndeplinirii atribuțiilor și obiectivelor legale, pentru care au fost înființate*”; Legea nr. 273/29.06.2006 privind finanțele publice locale, art. 2 alin. (3) Cheltuielile secțiunii de funcționare, prevăzută la alin. (1) pct. 50; Legea nr. 134/01.07.2010, privind Codul de procedură civilă, art. 781 Obiectul popririi;

▪ sumele acordate/alocate/repartizate/încasate drept cote din impozitul pe venit insuficiente, prevederi legislative: Ordin nr. 1.792/24.12.2002;

▪ nu există credite bugetare deschise și/sau repartizate ori disponibilitățile sunt insuficiente, prevederi legislative: Ordin nr. 1.792/24.12.2002.

- fundamentarea Bugetului de venituri și cheltuieli la nivelul Municipiului București este o operațiune foarte complexă, deoarece veniturile previzionale (dependente în procent de peste 90% de încasările/alocările Ministerul Finanțelor Publice din cotele defalcate din impozitul pe venit) sunt „imprevizibile” de la lună la lună, iar acest lucru are efect, automat, asupra cheltuielilor/plăților aferente angajamentelor legale;

- angajamentele legale asumate de Municipiul București sunt certe, sunt în afara sferei imprevizibile și tocmai acest lucru impune negocierea tuturor clauzelor contractuale la limita maximă de beneficiu pentru Municipiul București.

Pe cale de consecință, având în vedere cele mai sus prezentate, existența în proiectul de contract a clauzei 17.3., are rolul de a apăra/optimiza interesele autorității contractante, doar în condițiile exprimate, când realizarea veniturilor, crearea disponibilităților nu sunt în concordanță cu exigibilitatea angajamentelor/contractelor, cu precizarea faptului că dacă încasările nerealizate/nealocate determină întâzieri la plata angajamentelor, fapt ce nu depinde de factorii decizionali ai autorității contractante, iar clauza în speță, tocmai la acest lucru se referă.

V. Cu privire la punctul 4.4.2. din contestație: Clauza contractuală 26.8. a Proiectului de contract. Eliminarea sau, după caz, modificarea acestei clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acesteia.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului, autoritatea contractantă arată că a explicat necesitatea și legalitatea menținerii clauzei 17.3, cât și a clauzei 26.8 din proiectul de contract, menționate la punctele 4.4.1 și 4.4.2. din contestație, completând că aceste clauze pot fi considerate exorbitante pentru particulari, derogatorii de la dreptul comun și care consacră puteri

sporite în favoare autorității pe considerentul ocrotirii interesului public, dat fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public al contractului, cu precizarea că proiectul de contract a fost elaborat și adaptat obiectului achiziției publice cu respectarea formei și fondului clauzei modelului orientativ de contract aprobat prin Ordinul nr. 1017/2019, privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat și totodată, clauzele contractuale sunt formulate cu respectarea prevederilor Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Autoritatea contractantă face mențiunea că solicitarea contestatorului de a introduce penalități pentru autoritate, se regăsește în conținutul proiectului de contract la clauza 21.5.

VI. Cu privire la punctul 4.4.3. din contestație: Clauzele contractuale 21.8.1. și 21.8.2. ale Proiectului de contract. Eliminarea acestor clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acestora.

Conform prevederilor cap. 3.5.1.3. din caietul de sarcini: *„Pentru defecțiunile apărute în termen de garanție care produc accidente soldate cu pagube materiale și/sau vătămarea corporală a călătorilor sau a personalului de exploatare, Furnizorul va suporta daune directe și indirecte conform prevederilor contractului și a legislației în vigoare. În acest sens, va prezenta un angajament ferm privind respectarea acestei cerințe, atât la ofertă, cât și la contract, pentru ofertantul declarat câștigător.*

Pentru defecțiunile apărute în perioada de garanție, în urma cărora achizitorul nu poate realiza venituri din cauza imobilizării autobuzului, se vor percepe daune directe și indirecte conform contractului.

1. Penalizările pentru perioadele de imobilizare a vehiculelor sunt precizate în Anexa 6 la draftul de contract. Pentru imobilizările datorate defecțiunilor apărute în perioada de garanție, în urma cărora Achizitorul nu realizează venituri, se vor percepe daune directe și indirecte conform contractului”, iar conform pct. 2 din anexa 6 „DAUNELE INDIRECTE sunt daunele datorate Achizitorului de către Furnizor în cazul producerii unor evenimente rutiere, accidente de muncă sau evenimente PSI datorate apariției de defecțiuni în termen de garanție imputabile Furnizorului.

Furnizorul va plăti daune conform constatărilor făcute de organele în drept (Poliția Rutieră, organul constatator al asigurătorului, ITPM, Pompierii Militari, etc.).”

În completarea celor de mai sus, autoritatea contractantă atașează un extras din Decizia CNSC nr. 2781/C7/3213/3229/3266/3275/3297/3341/3389/3410/3506/3522 din 24.10.2017, referitoare la daunele indirecte din care reiese că *„respinge, ca nefondate, criticile formulate cu privire la această clauză.”*

Principiile enunțate mai sus (nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea

răspunderii) sunt perfect identice și valabile atât în cazul contractelor sectoriale, cât și în cazul contractelor de achiziție publică.

Proiectul de contract la art. 21.8 „Daunele indirecte” este elaborat în conformitate cu prevederile și cerințele caietului de sarcini, drept urmare autoritatea contractantă arată că își menține punctul de vedere la răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 241/20.01.2022, în sensul păstrării clauzei contractuale în integralitatea ei.

VII. Cu privire la punctul 4.4.4. din contestație: Clauza contractuală 16.1.4. a Proiectului de contract. Eliminarea acestor clauze, având în vedere excesivitatea și nelegalitatea acestora.

Autoritatea contractantă menționează că este necesar ca autobuzul electric să funcționeze corect și fără imobilizări. În situațiile în care furnizorul, din diverse motive, nu poate asigura piesele de schimb pentru repunerea de urgență în funcțiune a autobuzului, Achizitorul este în drept să achiziționeze de pe piață piesele respective la același nivel de calitate cu cel stabilit la piesele din prima dotare de pe autobuz. În situația în care un autobuz este imobilizat pe termen lung, indiferent de clauzele privind penalitățile sau daune-interese, Municipality are obligația de a presta serviciul public de transport persoane, conform programului de transport, prin folosirea întregului parc de autobuze electrice.

Concluzionând, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI solicită CNSC următoarele:

- respingerea ca nefondate a solicitărilor ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, pentru care autoritatea contractantă și-a menținut cerințele în documentația de atribuire și implicit a răspunsului consolidat;

- respingerea contestației ca fiind nefondată, fiind lezat nu doar interesul autorității contractante, cât mai ales interesul public al cetățenilor municipiului București, beneficiarii finali ai contractului. Necesitatea de a finaliza acest proiect într-un timp cât mai scurt reprezintă un obiectiv major al Municipiului București, cu atât mai mult cu cât proiectul beneficiază de un contract de finanțare nerambursabilă, întârzierea proiectului prin nerespectarea/decalarea termenelor periclitează derularea contractelor de finanțare, lucru care ar putea conduce la pierderea fondurilor nerambursabile.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*Achiziția unui număr de 100 de autobuze electrice și a infrastructurii de încărcare necesară acestora*”, cod CPV 34144910-0 Autobuze electrice (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului publicitar nr. CN1037659/16.12.2021.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 304.650.300,70 lei fără TVA.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează prevederile documentației de atribuire, respectiv unele dintre răspunsurile la

solicitările de clarificări, emise de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 241/20.01.2022.

Prin Încheierea nr. 283/C7/194/01.02.2022, Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, formulată de SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o.

Prin Încheierea nr. 320/C7/233/04.02.2022, Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului cauzei, formulată de ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează prevederi ale documentației de atribuire, ambii contestatori criticând cerințe din acest document al achiziției publice în cauză, **deși** prin contestațiile formulate atât SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. cât și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL s-au raportat la *Răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022*, ca *act administrativ* contestat.

Consiliul are în vedere că atât SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. cât și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL critică răspunsurile elaborate de achizitoare la o serie de întrebări ce i-au fost adresate, răspunsuri în urma cărora cerințele din documentația de atribuire **NU** au fost modificate, astfel încât, contestarea în această etapă a procedurii, respectiv a *expirării* termenului de contestare a documentației de atribuire - în condițiile în care, astfel cum s-a subliniat anterior - **cerințele din documentația de atribuire NU au fost modificate** de către achizitoare, ca urmare a solicitărilor de clarificări ce i-au fost adresate - reprezintă un demers tardiv, astfel cum se va demonstra în cele ce urmează.

De asemenea, Consiliul constată că, ulterior formulării contestației de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI a dispus o serie de Măsurile de remediere, printre acestea fiind și cea referitoare la cerința prevăzută la art. 6.1 din caietul de sarcini, *„achizitorul va efectua plata către furnizor în termen de maxim 60 de zile de la recepția mărfii de către Achizitor, fapt confirmat de întocmirea unui proces-verbal de recepție, semnat de către părți, pe baza documentelor precizate la art. 4.*

Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de 60 de zile de la data livrării de către furnizor, în locațiile stabilite de către Achizitor, prin intermediul procesului-verbal de recepție semnat de ambele părți”.

Astfel, prin Răspunsul D.P. Nr. 374/02.02.2022, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI a clarificat următoarele:

„ÎN ATENȚIA OPERATORILOR ECONOMICI interesați de participarea la procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect «Achiziție a unui număr de 100 de autobuze electrice și a infrastructurii de încărcare necesară acestora» Anunț de participare nr. CN1037659/16.12.2021

Măsurile de remediere dispuse de către Autoritatea contractantă ca urmare a unei Contestații depusă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

„Autoritatea contractantă face următoarele precizări:

[...]

❖ în caietul de sarcini la capitolul 6.MODALITĂȚI ȘI CONDIȚII DE PLATĂ în loc de:

6.1. Achizitorul va efectua plata către Furnizor în termen de maxim 60 de zile de la recepția mărfii de către Achizitor, fapt confirmat de întocmirea unui Proces verbal de recepție, semnat de către părți, pe baza documentelor precizate la art. 4.

Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de maxim 60 de zile de la data livrării de către furnizor, în locațiile stabilite de către Achizitor, prin intermediul Procesului Verbal de recepție semnat de ambele părți.

se va citi:

6.1. Achizitorul va efectua plata către Furnizor în termen de maxim 30 de zile de la recepția mărfii de către Achizitor, fapt confirmat de întocmirea unui Proces verbal de recepție, semnat de către părți, pe baza documentelor precizate la art. 4.

Recepția produselor de către Achizitor se va face în termen de 30 de zile de la data livrării de către furnizor, în locațiile stabilite de către Achizitor, prin intermediul Procesului Verbal de recepție semnat de ambele părți.

Totodată, Autoritatea Contractantă precizează că în Răspunsul consolidat nr. 240 publicat în SEAP în data de 20.01.2022 se modifică parțial Răspunsul la întrebarea nr. 7 din Clarificarea nr. 12, ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de către autoritate, respectiv: «achizitorul va efectua plata către furnizor în termen de maxim 30 de zile de la recepția mărfii de către achizitor ...»

Având în vedere cele precizate, Autoritatea Contractantă decide prelungirea termenului de depunere a ofertelor de la data de 09.02.2022 până la data de 16.02.2022.”

În aceste condiții, constatând, pe de-o parte, că achiziția a achiesat la pretențiile SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. în referire la critica ce viza cerința prevăzută la art. 6.1 din caietul de sarcini iar, pe de altă parte, că SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., prin adresa nr. 02-448/01.02.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 5411/01.02.2022, intitulată „*Note scrise*”, cu privire la punctul de vedere nr. 337/31.01.2022 comunicat de autoritatea contractantă a arătat că își menține criticile și solicitările din contestația formulată, doar cu privire la sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, Consiliu ia act de această renunțare a contestatorului.

În soluționare, Consiliul reiterează faptul că, ulterior demarării procedurii de atribuire în cauză, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1037659/16.12.2021, inclusiv a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a adoptat o serie de măsuri de remediere și a răspuns solicitărilor de clarificări ce i-au fost adresate, respectiv:

- cea care constituie obiectul prezentei cauze - **Răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022** și

- măsurile de remediere nr. 374/02.02.2022, luate ca urmare a contestației depusă la CNSC).

În referire la *Răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022*, ce reprezintă *actul administrativ* contestat în prezenta cauză de ambii contestatori, Consiliul constată că, deși SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL se raportează la acest act pentru formularea contestațiilor lor, în fapt criticile vizează **cerințe prevăzute în documentația de atribuire**, cerințe care prin Răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022 **nu au fost modificate**, cum eronat susțin contestatorii, ci clarificate de către achizitoare, ca urmare a solicitărilor de clarificări ce i-au fost adresate de anumiți operatori economici.

Asupra acestui act, trebuie ținut seama că dispozițiile art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele analoage ale art. 103 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea fișei de date, a formularelor sau a caietului de sarcini (documentației de atribuire) și, nici atât, obligația autorității contractante de a remedia documentația de atribuire astfel cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Așa cum a fost mai sus reținut, singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar cercetarea Consiliului va privi doar respectarea acestei obligații, iar nu legalitatea solicitărilor legate de *sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, de garanția tehnică, de documentația de omologare a autobuzului electric oferat și de unele clauze contractuale – 16.1.4, 17.3, 21.8.1, 21.8.2 și 26.8*, regăsite în documentația de atribuire, pe care operatorii economici puteau să o conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de tardivitatea contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora.

Chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea Răspunsului consolidat autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022, nu i s-ar putea dispune autorității să schimbe informațiile cuprinse în cadrul documentației de atribuire, deoarece, la acest moment, este *tardivă* orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire, un astfel de demers inițiat de contestatori nefiind admisibil.

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă decizia civilă nr. 6598 din 13 septembrie 2012 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; deciziile nr. 1150/CA din 21 octombrie 2009 și nr. 1449/CA din 16 decembrie 2009 pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 1425 din 29 martie 2012 și nr. 1639 din 15 iunie 2009 pronunțate de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 70 și 71 din 22 ianuarie 2009, în care Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea unor clarificări cu depășirea termenului legal de formulare a eventualelor contestații nu poate avea ca efect repunerea în termen ori considerarea ca fiind formulată în termen contestația.

Art. 160 al Legii nr. 98/2016 prescrie:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații

suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3)-(6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare.”

În speță, Consiliul apreciază că răspunsul clarificator în discuție nu aduce cu nimic atingere art. 160 precitat, acoperind în mod corespunzător întrebările adresate achizitoarei.

În această direcție vine chiar Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță al Comunităților Europene din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, pct. 50 și 51: „Mai mult, chiar dacă o autoritate contractantă este obligată să redacteze în mod precis și clar condițiile unei cereri de ofertă, aceasta nu este obligată să aibă în vedere toate situațiile posibile, oricât de rare ar fi acestea, susceptibile să apară în practică (Ordonanța Curții din 20 aprilie 2007, TEA CEGOS și STG/Comisia, C 189/06 P, Rep., p. I 62, punctul 30). O condiție prevăzută în caietul de sarcini trebuie interpretată în funcție de obiectul său, de sistemul și de modul său de formulare (a se vedea în acest sens Ordonanța TEA CEGOS și STG/Comisia, punctul 50 de mai sus, punctul 46). În caz de îndoială, autoritatea contractantă vizată poate să evalueze aplicabilitatea unei astfel de condiții prin realizarea unei examinări pentru fiecare caz în parte, ținând cont de toate elementele pertinente (a se vedea în acest sens Ordonanța TEA CEGOS și STG/Comisia, punctul 50 de mai sus, punctul 31).”

Într-o atare situație, Consiliul constată că aspectele criticate de SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, respectiv faptul că măsurile de remediere implementate de autoritatea contractantă nu sunt corespunzătoare, sunt critici ce vizează conținutul unor cerințe din cadrul documentației de atribuire, necontestată în termen, prin raportare la data publicării acesteia în SICAP și nu mai pot constitui motiv de contestare în această etapă a procedurii, reprezentând astfel critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, respectiv 16.12.2021.

Astfel, așa cum s-a reținut anterior în considerente, sesizând, pe de-o parte, faptul că SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, deși s-au raportat la Răspunsul consolidat al autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022, ca act administrativ la care s-au raportat contestatorii, aceștia au formulat, în fapt, critici legate de conținutul documentației de atribuire, conținut care, însă, nu a suportat modificări prin răspunsul nr. 241 din data de 20.01.2022, în soluționare Consiliul va lua act de cele menționate, și constată tardivitatea criticilor formulate de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, prin raportare atât la data publicării documentației de

atribuire în SICAP, respectiv 16.12.2021, cât și la prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform căroră „(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”

În aceste condiții, ținând seama de cele precizate anterior, Consiliul va avea în vedere doar verificarea aspectului legat de modalitatea în care, prin documentul postat în SICAP, la data de 20.01.2022, sub denumirea „*Răspuns consolidat 20.01.2022*”, achizitoarea a răspuns clar, fără ambiguități și în mod concis la solicitările ce i-au fost adresate, inclusiv la cele ce vizează aspectele criticate, constatând legalitatea, temeinicia și concludenta răspunsurilor, prin raportare la prevederile art. 160 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Sub acest aspect, Consiliul constată că autoritatea contractantă **nu** a modificat în vreun fel conținutul documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât se constată că informațiile referitoare la criticile SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, legate de *sistemul reîncărcabil de stocare a energiei electrice, de garanția tehnică, de documentația de omologare a autobuzului electric oferat și de unele clauze contractuale – 16.1.4, 17.3, 21.8.1, 21.8.2 și 26.8*, au fost furnizate de către MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI) operatorilor economici interesați încă de la data publicării în SICAP a documentației de atribuire, odată cu anunțul de participare nr. CN1037659/16.12.2021, informațiile regăsindu-se în cadrul documentației de atribuire.

Or, în condițiile în care se constată că odată cu demararea procedurii de atribuire prin anunțul de participare nr. CN1037659/16.12.2021, autoritatea contractantă a furnizat toate informațiile necesare pentru o informare corectă și completă a operatorilor economici, inclusiv în ceea ce privește criticile aduse în prezenta cauză, SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL cunoscând aceste informații încă din data de 16.12.2021, criticile formulate în cadrul contestațiilor nr. 01-338/26.01.2022 și nr. 121831/31.01.2022, înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4534/27.01.2022 și nr. 5208/01.02.2022, prin care aceștia solicită, în fapt, modificarea anumitor cerințe din documentația de atribuire, reprezintă un demers tardiv, prin raportare la dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Într-o atare situație, Consiliul constată că aspectele criticate de contestatorii SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL prevăzute în documentația de atribuire, reprezintă critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, și anume 16.12.2021, unde se regăseau specificate informațiile referitoare la cerințele contestate în prezenta cauză.

În aceste condiții, Consiliul constată că, deși SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL au indicat *Răspunsul consolidat autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022*, emis de autoritatea contractantă, ca fiind actul considerat nelegal în fapt aspectele criticate prin prezentele contestații, vizează

conținutul documentației de atribuire, care nu a fost modificată prin clarificarea indicată, caz în care sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză (304.650.300,70 lei) și tipul acestuia (contract de furnizare), Consiliul constată că termenul pe care îl aveau la dispoziție SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, pentru a formula contestații cu privire la conținutul documentației de atribuire, era de 10 zile, de la data de 16.12.2021, care reprezintă data publicării acesteia în SICAP, respectiv data de 26.12.2021.

Așadar, criticile aduse de SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, în ceea ce privește conținutul documentației de atribuire, sunt tardiv formulate, nu însă și contestațiile nr. 01-338/26.01.2022 și nr. 121831/31.01.2022, înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4534/27.01.2022 și nr. 5208/01.02.2022 și pe care Consiliul le va respinge, în condițiile în care se constată că actul administrativ la care s-au raportat contestatorii l-a constituit răspunsul consolidat autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 241 din data de 20.01.2022.

În acest context, Consiliul constată caracterul tardiv al criticilor ce vizează prevederile documentației de atribuire formulate în data de 26.01.2022 și 31.01.2022, motiv pentru care nu va proceda la analizarea aspectelor avute în vedere de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, în contestațiile formulate și, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge contestațiile nr. 01-338/26.01.2022 și nr. 121831/31.01.2022, înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 4534/27.01.2022 și nr. 5208/01.02.2022, ca nefondate.

Concluzionând asupra aspectelor ce au constituit obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că nu sunt motive de remediere a vreunei cerințe din documentația de atribuire, ținând seama și de clarificările aduse acesteia de către achizitoare, motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac, Consiliul respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o. și ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI).

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către SOLARIS BUS & COACH sp. z.o.o., cu sediul în ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, PI-62005 Owinska, Polonia, reprezentată prin cabinet avocat Corina Ruxandra Popescu, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str. Trifoi nr. 6, sectorul 3, în contradictoriu cu MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA

MUNICIPIULUI BUCUREȘTI), cu sediul în București, bd. Regina Elisabeta nr. 47, sectorul 5, ca nefondată.

Respinge contestația formulată de către ANADOLU AUTOMOBIL ROM SRL, cu sediul Ciolpani, șos. București-Ploiești nr. 110, județul Ilfov, reprezentată convențional prin MUȘAT & ASOCIAȚII SPARL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, bd. Aviatorilor nr. 43, sectorul 1, în contradictoriu cu MUNICIPIUL BUCUREȘTI (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI BUCUREȘTI), cu sediul în București, bd. Regina Elisabeta nr. 47, sectorul 5, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

**PRESEDINTE,
Bianca-Laura
POPESCU**



**MEMBRU,
Isabela-Maria
GAVRILĂ**

A blue ink signature of Isabela-Maria Gavrila.

**MEMBRU,
Bogdan-Marius
BOGHIU**

A blue ink signature of Bogdan-Marius Boghiu.