

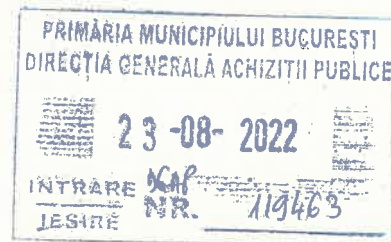
CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang

Către: Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor („CNSC”)
Str. Stavropoleus, nr. 6, sector 3, municipiul București, cod poștal 30081, România
Fax: 0213104642 / 0218900745
E-mail: office@cnsr.ro

Către: Municipiul București
Str. Regina Elisabeta, nr. 47, cod poștal 050013, București,
Fax: 0213055587
E-mail: directiaproceduri@pmb.ro

Data: 22.08.2022

Ref: Procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului de „Achiziție troleibuze”, cod CPV 34622300-6 Troleibuze (Rev.2), publicată în SEAP prin anunțul de participare nr. CN1045960 /11.08.2022 („Procedura”)



Subscrisa Škoda Electric a.s., o societate organizată și funcționând în conformitate cu legislația din Cehia, având sediul în Průmyslová 610/2a, Doudlevice, 301 00 Plzeň, Cehia, („Subscrisa”/ „Škoda”), reprezentată legal prin Dna Veronika Rybářová și Dl Jiří Vařenka, membrii ai Consiliului de Administrație, cu puteri de reprezentare delegate Dluí Karel Majer, în calitate de Director și Dluí Miroslav Prokop, Director financiar,

reprezentată convențional de CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang LLP SCP¹, cu sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură la avocații noștri, în Calea Floreasca nr. 165, clădirea One Tower, etaj 12-14, sector 1, municipiul București, cod poștal 014459, persoane desemnate pentru primirea actelor procedurale: Laura Capătă, Cristina Popescu, Violeta Gherghinaru, Georgiana Neculoiu și/sau orice angajat sau colaborator al CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang LLP SCP

având în vedere calitatea de operator economic interesat în participarea la Procedura organizată de Municipiul București în calitate de autoritate contractantă,

în temeiul art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („Legea 101/2016”), precum și conform art. 2 alin. (2), art. 3 alin. (1), art. 49, art. 50, art. 155 și urm. din Legea nr. 98/2006 privind achizițiile publice („Legea 98/2016”),

în contradictoriu cu Municipiul București („Autoritatea contractantă”),
formulăm prezenta

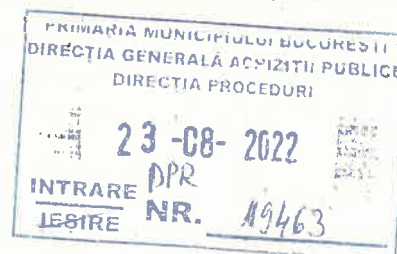
CONTESTAȚIE

cu privire la dispozițiile documentației de atribuire ale Procedurii (respectiv, cerințe din Fișa de date² și Caietul de sarcini³ aferente Procedurii astfel cum se va detalia în continuare în conținutul acestei Contestații).

¹ Anexa nr. 1 – Împuternicire avocațială nr. 585470

² Anexa nr. 2 – Anunțul de participare și Fișa de date.

³ Anexa nr. 3 – Caietul de sarcini (extras).



prin care solicităm următoarele:

În principal

1. **Obligarea Autorității contractante la suspendarea Procedurii de atribuire pe parcursul soluționării acestei Contestații;**
2. **Obligarea Autorității contractante la adoptarea unui set de măsuri de remediere a deficiențelor documentației de atribuire sesizate prin prezenta, prin eliminarea cerințelor nelegale din documentația de atribuire, astfel:**
 - 2.1. **Modificarea valorii estimate a contractului prevăzută la punctul II.1.5) din Anunțul de participare și Fișa de date la valoarea de cel puțin 325.000.000 RON;**
 - 2.2. **Modificarea duratei de executare a contractului la 24 de luni (de la 14 luni) astfel cum este prevăzută la punctul II.2.7) din Anunțul de participare și Fișa de date;**
 - 2.3. **Modificarea cerinței tehnice de la Secțiunea 3.4.1.5.24 (Circuitele de înaltă tensiune și echipamentele aferente), Sub-secțiunea 3.4.1.5.24.1 (Motorul/motoarele electrice de tracțiune) din caietul de sarcini în ceea ce privește puterea motorului/motoarelor de tracțiune de minim 200 kW/vehicul din caietul de sarcini în sensul solicitării unei puteri a motorului de tracțiune electrică care să fie între 140 kW și 200 kW.**
3. **Obligarea Autorității contractante la reluarea Procedurii de atribuire în baza cerințelor modificate ale documentației de atribuire în acord cu cererile Subscrisei din această Contestație și la luarea tuturor măsurilor necesare pentru a permite operatorilor economici interesați accesul nerestricționat la Procedură;**
4. **În subsidiar, în situația în care Consiliul va decide că sunt întrunite condițiile legale, anularea Procedurii ca urmare a modificării substanțiale a specificațiilor din documentația de atribuire în baza art. 55 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea de Guvern nr. 395/2016 („Normele metodologice”) și art. 212 alin. (1) lit c) din Legea 98/2016;**
5. **Susținerea concluziilor orale în fața CNSC potrivit art. 21 alin. (2) din Legea 101/2016;**
6. **Acordarea cheltuielilor de judecată pe baza documentelor justificative ce vor fi depuse la dosar.**

Pentru următoarele

MOTIVE

I. SITUAȚIA DE FAPT

- (1) În data de 11.08.2022, Autoritatea contractantă a demarat Procedura de atribuire având ca obiect „Achiziție troleibuze”, cod CPV 34622300-6 Troleibuze (Rev.2), cod CPV secundar 50113200-2 Servicii de întreținere a autobuzelor (Rev.2), publicată în SEAP prin

anunțul de participare nr. CN1045960 /11.08.2022. Procedura de atribuire constă în licitație deschisă.

- (2) Prin documentația de atribuire aferentă Procedurii au fost solicitate o serie de cerințe nelegale care limitează liberul acces la această Procedură pentru operatorii economici furnizori de echipamente specifice ce fac obiectul contractului solicitat de Autoritatea contractantă și care pun sub semnul întrebării legalitatea întregii proceduri de atribuire.
- (3) În fapt, prin cerințele restrictive ale documentației de atribuire, în prezent, Subscrisa este împiedicată să participe la Procedură, la fel cum sunt și alți producători europeni aflați într-o situație similară.
- (4) Mai mult decât atât, pentru motivele detaliate în continuare, legalitatea acestei Proceduri este grav afectată întrucât în documentația de atribuire există cerințe nelegale care limitează în mod flagrant posibilitatea operatorilor economici de a participa în condiții de liberă concurență și legalitate la această Procedură.

Valoarea estimată a contractului:

- (5) Prezenta Procedura are drept obiect achiziția unui număr de 100 troleibuze (conform Caietului de sarcini), valoarea estimată a contractului fiind de 273.109.244 RON (aproximativ 54.600.000 euro la un curs de 5 RON/1 EUR) conform punctului II.1.5) din Anunțul de participare și Fișa de date.
- (6) Potrivit mențiunilor din Fișa de date a achiziției, Autoritatea contractantă a organizat o procedură de consultare de piață având ca obiect determinarea valorii estimate și a graficului de livrare privind achiziționarea de către Municipiul București a unui număr de 100 troleibuze solo noi din gama de 12 m lungime, cu autonomie de minim 20 km. Cu toate acestea, având în vedere specificațiile produsului (i.e. în gama troleibuz cu două axe, cu podea complet coborâtă pe toată lungimea vehiculului, foarte bine echipat din punct de vedere tehnic, printre altele cu baterii de tracțiune pentru o deplasare autonomă de 20 km, și luând în considerare faptul că serviciul complet - adică atât serviciul de garanție, cât și mentenanța regulată - pentru o perioadă de 5 ani este inclus în obiectul de livrare), bugetul acestui proiect este insuficient și face imposibilă participarea la licitație pentru producătorii europeni de troleibuze. Având în vedere valoarea totală estimată a contractului (care include și serviciile de garanție și mentenanță), valoarea pentru 1 troleibuz achiziționat va fi de aproximativ 546.000 euro (inclusiv serviciile complete post-livrare aferente).
- (7) În alte state membre ale Uniunii Europene (de exemplu Lituania, unde s-au derulat achiziții cu un obiect similar în Vilnius), autoritățile competente au derulat proceduri de achiziție asemănătoare (e.g. achiziția a 101 troleibuze cu o configurație similară a troleibuzelor (inclusiv autonomie de 20 km), DAR fără a include serviciul integral aferent vehiculelor (fiind incluse doar servicii de reparație în perioada de garanție), bugetul total fiind de 574.690 euro pentru un troleibuz. Mai multe detalii în acest sens pot fi găsite la următorul link: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:392897-2022:TEXT:EN:HTML&src=0> (Vilnius, 2022).⁴
- (8) Bugetul procedurii corespunzătoare din Vilnius (care, repetăm, include doar valoarea unei unități + service/mentenanță pe perioada garanției) este cu peste 20.000 Euro mai mare decât valoarea solicitată de Municipiul București (care include serviciul integral) și care

⁴ Anexa nr. 4 - Procedura Vilnius 2022.

este mai aproape de standardul european pentru licitații similare unde producătorii europeni pot participa. În plus, trebuie avut în vedere că valoarea serviciului integral aferent troleibuzelor generează costuri suplimentare de 60.000 – 70.000 Euro per unitate (sau chiar mai mult), astfel încât în realitate, bugetul contractului ce face obiectul acestei Proceduri ar trebui să fie de circa 650.000 Euro pentru un troleibuz (echivalentul în RON fiind o valoare estimată de 325.000.000 la un curs de 5 RON/1 EUR).

- (9) Un alt exemplu similar celui ilustrat mai sus este procedura de achiziție de troleibuze organizată pentru orașul Bratislava în 2021, din care rezultă că bugetul alocat de autoritatea contractantă pentru 1 troleibuz a fost mai mare, de 655.000 euro pentru 1 troleibuz cu o tracțiune a motorului de 160 kW. Mai multe detalii în acest sens pot fi găsite la următorul link: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:207009-2021:TEXT:EN:HTML&tabId=2> (Bratislava, 2021).⁵

Durata de executare a contractului:

- (10) Durata de executare a contractului este de 14 luni (potrivit punctului II.2.7) din Anunțul de participare și Fișa de date, în acest termen urmând a fi livrat integral obiectul contractului (100 de troleibuze). Având în vedere dificultățile și întârzierile evidente din lanțul de furnizare cu care se confruntă producătorii de astfel de echipamente (cauzate de circumstanțe cunoscute precum pandemia Covid-19, războiul din Ucraina), un termen realist de livrare pentru un număr de 100 de troleibuze ar fi trebuit să fie minim 24 de luni.
- (11) În general, multe componente și agregate similare au în prezent termene de livrare mai lungi, deoarece mulți producători au avut (și încă mai au) întârzieri în producție. Există, de exemplu, probleme cu livrările de semiconductori (care provin aproape exclusiv din țările asiatice), iar termenele de livrare ale acestor componente au crescut semnificativ. De asemenea, au crescut și termenele de livrare a unor metale (cupru, aluminiu etc.) și a multor sub-agregate (cum ar fi axele, compresoarele etc.). Astfel, ca rezultat, termenele de livrare a componentelor/echipamentelor necesare pentru realizarea produselor ce fac obiectul Contractului sunt mai mari decât înainte de pandemia Covid-19 și înainte de începerea conflictului din Ucraina.
- (12) De exemplu, termenul de livrare pentru licitația pentru troleibuze din Vilnius (și numai pentru primul lot, care este de 50 de troleibuze) este de la 435 de zile (începutul livrărilor) până la 600 de zile (sfârșitul livrărilor).
- (13) Prin urmare, în opinia Subscrisei, pentru 100 de troleibuze (care trebuie să fie livrate la București), termenul de livrare relevant (și rezonabil/fezabil) este de aproximativ 24 de luni.

Alte cerințe nelegale din documentația de atribuire:

- (14) Documentația conține și alte cerințe tehnice absurde, ce fac imposibilă pregătirea unei oferte în parametrii solicitați de Autoritatea contractantă, și care nu sunt cerințe necesare pentru buna funcționare a troleibuzelor solicitate și, prin urmare, nu ar trebui să fie impuse ca obligație ofertanților participanți. Astfel, cu titlul de exemplu precizăm că

⁵ Anexa nr. 5 – Procedura Bratislava 2021.

Autoritatea contractantă cere ca puterea motorului de tracțiune electrică să fie de cel puțin 200 kW.

- (15) Dacă luăm în considerare configurația tehnică a troleibuzelor cu două axe din gama 12 m lungime (fabricate de producători europeni, dar și neeuropeni), puterea obișnuită a motorului de tracțiune este cuprinsă între 140 kW și 160 kW, iar această putere este absolut suficientă, chiar și în orașele cu teren accidentat și/sau cu elevație semnificativă (ceea ce nu este aplicabil în București). Prin urmare, cerința de a avea un motor de tracțiune cu o putere de cel puțin 200 kW este disproporționată și discriminatorie pentru majoritatea furnizorilor potențiali din Uniunea Europeană.
- (16) Dacă luăm în considerare parametrii dinamici solicitați pentru troleibuzele din București (adică accelerația, viteza maximă, capacitatea de urcare), troleibuzul ŠKODA 12m îndeplinește pe deplin toate aceste cerințe prin utilizarea motorului de tracțiune de 160 kW.
- (17) Practic, în toate licitațiile pentru troleibuzele din gama 12 m din Europa (inclusiv în licitația menționată din Vilnius), puterea motorului de tracțiune a fost cuprinsă între 150 kW și 160 kW. De asemenea, majoritatea producătorilor europeni de troleibuze, cum ar fi ŠKODA (Republica Cehă), Solaris Bus & Coach (Polonia), Carrösserie Hess (Elveția), Van Hool (Belgia), SOR (Republica Cehă), au configurația de troleibuz de 12 m cu puterea motorului de tracțiune de 160 kW.
- (18) Din cunoștințele noastre despre piață, producători din afara Uniunii Europene folosesc un motor cu tracțiune de 200 kW (cum este cazul Bozankaya (Turcia) sau Belkommunmash (Belorusia).

II. SUSPENDAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE

- (19) Prin prezenta Contestație solicităm suspendarea Procedurii de atribuire de către Autoritatea contractantă în conformitate cu dispozițiile art. 9 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016, texte legale ce reglementează dreptul Autorității de a adopta „măsurile de remediere pe care le consideră necesare”. În subsidiar, în măsura în care Autoritatea nu va înțelege să exercite acest drept, solicităm dispunerea suspendării de către CNSC potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (1) și (2) coroborat cu art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.
- (20) În conformitate cu art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, „după primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației (...)”. În acest sens, art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016 definește măsurile de remediere drept „acele măsuri adoptate de autoritatea/entitatea contractantă, în urma primirii unei contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul procedurii de atribuire”.
- (21) Totodată, potrivit art. 2 alin. (1) din Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și Consiliului, Statele membre garantează că măsurile luate în privința căilor de atac menționate la art. 1 prevăd competențe care să permită, printre altele, adoptarea unor măsuri provizorii, cel mai rapid posibil și prin intermediul unor proceduri provizorii, în scopul remedierii preșupusei încălcări sau prevenirii prejudicierii în continuare a intereselor respective, inclusiv măsuri de suspendare sau care să asigure suspendarea procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice sau a aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă.

- (22) Aceeași interpretare este reținută în practică și de Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor („CNSC”), care arată că „dispunerea de către autoritatea contractantă „ca măsură de remediere a suspendării procedurii (...) este într-adevăr o măsură de prevenție”.
- (23) Așa fiind, nu există dubiu că una dintre măsurile de remediere puse la dispoziția Autorității contractante este măsura suspendării Procedurii de atribuire, indiferent de stadiul în care se află aceasta, în vederea evitării creării unui prejudiciu iminent.
- (24) Pe cale de consecință, având în vedere că documentația de atribuire publicată în prezent în SEAP (și pe baza căreia urmează să fie depuse ofertele pentru participarea la Procedură) conține cerințe nelegale, Subscrisa ne vedem obligată să solicităm pe calea Contestației adoptarea măsurii de suspendare a Procedurii de atribuire, aceasta fiind măsura de remediere necesară și esențială atât pentru prevenirea unor pagube iminente, cât și pentru a nu distorsiona concurența pe piața relevantă a producătorilor de troleibuze.
- (25) În primul rând, solicităm ca Autoritatea contractantă să suspende Procedura de atribuire înaintea împlinirii termenului de depunere a ofertelor, mai exact înainte de data de 14.09.2022, ora 15:00. Această măsură se impune întrucât, în urma remedierii deficiențelor documentației de atribuire, astfel cum am solicitat prin prezenta Contestație, aceasta își va schimba conținutul, ceea ce va impune necesitatea ca participanții să depună alte oferte, în concordanță cu noua documentație legal întocmită. De asemenea, tot în urma remediilor efectuate prin înlăturarea/modificarea cerințelor nelegale, apreciem că și alți potențiali ofertanți (care, la acest moment, se văd în imposibilitatea de a participa la Procedură din cauza cerințelor nelegale impuse de Autoritatea contractantă) vor fi interesați să participe la Procedură.
- (26) Pentru a preîntâmpina situația în care anumiți ofertanți să fie forțați să depună 2 oferte, iar alți ofertanți să nu aibă timp suficient pentru a pregăti depunerea ofertelor, cu toate consecințele aferente, inclusiv de ordin financiar, dar mai ales în considerarea faptului că urmează a fi anulate toate actele întocmite anterior adoptării remediilor solicitate prin prezenta Contestație și intrării în legalitate în ceea ce privește documentația de atribuire, arătăm că se impune ca suspendarea să fie dispusă cât mai curând posibil.
- (27) Cu toate acestea, în măsura în care Autoritatea contractantă nu înțelege să adopte măsura suspendării înainte de împlinirea termenului de depunere a ofertelor, măsura suspendării se impune în continuare, chiar și după acest termen, cu consecința anulării actelor nelegale și a redeunerii de către participanți a unor noi oferte, în conformitate cu noua documentație de atribuire care va îndeplini toate cerințele legale.
- (28) De asemenea, suspendarea Procedurii de atribuire se impune pentru o corectă soluționare a acestei Contestații care implică, printre altele, analiza cerințelor nelegale impuse de Autoritatea contractantă prin raportare la tipurile de vehicule solicitate, specificațiile tehnice ale acestora, termenul de livrare, cât și măsura în care concurența este afectată prin cerințele restrictive ale documentației de atribuire.
- (29) Mai mult decât atât, de vreme ce există riscul major ca Procedura să fie anulată, ne-suspendarea acesteia la acest moment ar impune obligații suplimentare în sarcina participanților, obligații care ar genera costuri imposibil de recuperat ulterior.
- (30) Neluarea măsurii suspendării până când se va soluționa Contestația de față ar echivala cu desfășurarea unei Proceduri nelegale, cu toate consecințele ce decurg din aceasta, inclusiv restrângerea accesului participanților la Procedură, ceea ce contravine principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și anume: nediscriminarea,

tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea și asumarea răspunderii.

- (31) Mai mult, aceasta este și interpretarea consacrată în practica decizională a CNSC, care arată că măsura dispusă de autoritatea contractantă în sensul suspendării procedurii până la pronunțarea unei decizii, se circumscrie unui comportament care asigură respectarea principiilor transparenței și asumării răspunderii.
- (32) În măsura în care Autoritatea contractantă nu va înțelege să suspende Procedura pentru motivele enumerate anterior, solicităm CNSC să dispună această măsură, pentru a asigura și garanta astfel aplicarea unui tratament egal și nediscriminatoriu pentru toți participanții la Procedură, dar și pentru a fi evitate anumite consecințe injuste, precum imposibilitatea ulterioară de a se acoperi prejudiciile create.
- (33) Așa fiind, arătăm că aplicarea unei proceduri nelegale nu deservește niciunui interes, iar o succintă analiză a prezentei Contestații, având în vedere și noua legislație în materia achizițiilor publice care consacră principiul celerității (prevăzând termene mult mai scurte de soluționare), nu poate fi considerată drept întârziere în aplicarea Procedurii, luând în considerare riscurile evidente la care se expune nu doar Autoritatea contractantă, dar și sectorul public.
- (34) Este logic și de preferat să se suspende Procedura, pentru a se analiza legalitatea conținutului documentației de atribuire și a se corecta din timp eventualele nelegalități, cu toate consecințele ce decurg de aici, decât să se continue cu o procedură nelegală, care ulterior să fie refăcută integral.
- (35) Aceasta este și interpretarea jurisprudențială în materie, unde se arată că *„îndeplinirea condițiilor de admisibilitate a cererii de suspendare (...) trebuie realizată (...) fără o interpretare restrictivă a temeiurilor de fapt care justifică suspendarea, pentru că altfel scopul măsurii nu mai poate fi atins”*⁶.
- (36) Așa fiind, în considerarea tuturor argumentelor prezentate, solicităm CNSC: (i) să suspende Procedura anterior împlinirii termenului de depunere a ofertelor; sau (ii) în măsura în care nu dispune suspendarea Procedurii conform punctului (i) să dispună suspendarea Procedurii de atribuire oricând după acest moment.

III. OBLIGAREA AUTORITĂȚII CONTRACTANTE LA MODIFICAREA DOCUMENTAȚIEI DE ATRIBUIRE

- (37) În prezent operatorii economici interesați să participe la această Procedură sunt împiedicați, în mod abuziv și nelegal, de cerințele documentației de atribuire care sunt restrictive și disproporționate față de cerințele legale aplicabile. Solicităm astfel CNSC să oblige Autoritatea contractantă la modificarea cerințelor nelegale contestate prin prezenta și aducerea documentației de atribuire în acord cu prevederile legale impuse de Legea 98/2016.
- (38) Potrivit Legii 98/2016, Autorității contractante îi revin obligații clare în ceea ce privește determinarea cerințelor obligatorii pe care participanții la Procedură trebuie să le respecte, astfel încât să asigure o Procedură desfășurată legal, într-un cadru concurențial și unde operatorii economici beneficiază de un tratament egal, după cum urmează:

⁶ Anexa nr. 6 – Decizia civilă nr. 838/CA/20.08.2014, Curtea de Apel Constanța

- (a) art. 49: „Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.”
- (b) art. 50: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumii operatori economici.”
- (c) art. 154 (1): „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”
- (d) art. 155 alin (6): „Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”
- (e) art. 156 alin. (2): „Specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini nu pot preciza un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se pot referi la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse.”
- (39) În același sens, art. 1 alin. (2), (3) și (4) din Normele metodologice prevăd că:
- (a) “(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.”
- (b) “(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.”
- (c) “(4) Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile.”
- (40) Întrucât anterior demarării prezentei Proceduri a existat o procedură de consultare a pieței conform Legii 98/2016, sunt aplicabile și dispozițiile art. 139 alin (3): “Autoritatea contractantă are dreptul de a utiliza sau implementa opiniile, sugestiile sau recomandările primite în cadrul consultărilor prevăzute la alin. (1) pentru pregătirea achiziției și pentru organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire, cu condiția ca utilizarea sau implementarea acestor opinii, sugestii sau recomandări să nu aibă ca efect denaturarea concurenței și/sau încălcarea principiilor nediscriminării și transparenței”.
- (41) Mai mult, conform art. 140 alin (1) din Legea 98/2016: “În situația în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de

atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la Procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența".

III.1. Cu privire la modificarea valorii estimate a contractului

- (42) Potrivit art. 16 din Normele metodologice, estimarea valorii unei achiziții publice se realizează având în vedere obiectul acesteia, în conformitate cu cap. I, secțiunea a 4-a, paragraful 3 din Lege 98/2016. Obiectul achiziției publice se pune în corespondență cu codul/codurile CPV care îl descriu cât mai exact, relevantă în acest context fiind activitatea ce caracterizează scopul principal al contractului (în acest caz furnizarea de troleibuze).
- (43) De asemenea, conform art. 17 din Normele metodologice, autoritatea contractantă alege procedura de atribuire în funcție de următoarele aspecte: a) valoarea estimată a achiziției; b) complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit; c) îndeplinirea condițiilor specifice de aplicare a anumitor proceduri de atribuire.
- (44) În aplicarea art. 11 alin. (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă are obligația ca, la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a produselor, serviciilor și lucrărilor care sunt considerate similare. Art. 11 din Legea 98/2016 prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza metode de calcul al valorii estimate a achiziției cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de lege și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire reglementate de prezenta lege.
- (45) Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP”, speța 829)⁷ a interpretat cerințele legale aplicabile astfel:

„Din interpretarea art. 2 din Legea nr. 98/2016, reiese că atunci când aplică prevederile respectivului act normativ, autoritățile contractante trebuie să urmărească achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială, cu respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței, proporționalității și asumării răspunderii.

Având în vedere prevederile art. 17 alin. (2) din Anexa la H.G. nr. 395/2016, în aplicarea prevederilor art. 11 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care obligă autoritatea contractantă de a nu diviza contractul de achiziției publice în mai multe contracte distincte de valoare mai mică și nici de a utiliza metode de calcul care să conducă la o subevaluare a valorii estimate a contractului cu scopul de a evita aplicarea procedurilor de atribuire reglementate de legea în discuție, autoritatea are obligația ca la alegerea procedurii de atribuire, să se raporteze la valoarea estimată a produselor similare.

În acest sens, aducem în discuție prevederile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care definește produsele similare ca fiind „acele produse care îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții: sunt destinate unor utilizări identice sau similare; fac parte din gama normală de produse care sunt furnizate/comercializate de către operatori economici cu activitate constantă în sectorul respectiv”.

⁷ Disponibilă în link-ul următor: <https://achizitii publice.gov.ro/questions/view/114/false>.

În continuare, atragem atenția asupra prevederilor art. 16 din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora, în vederea estimării valorii unei achiziții, trebuie luat în considerare scopul urmărit prin realizarea respectivei achiziții.

Revenind la eficiența economică și socială, subliniem că aceasta se obține în cazul realizării unei achiziții, atunci când se creează condițiile necesare obținerii unui număr cât mai mare de candidaturi/oferte, astfel încât operatorii economici, datorită concurenței mari, să fie motivați să ofere o calitate crescută la un preț mai avantajos.

Astfel, în cadrul unei proceduri, se poate obține un număr mare de candidaturi/oferte atât prin aplicarea principiilor transparenței, tratamentului egal, nediscriminării, recunoașterii reciproce și proporționalității, cât și prin modul de configurare a cererii pe care autoritatea contractantă o lansează pe piață, care se traduce inclusiv prin cumularea sau nu a anumitor achiziții.

Prin urmare, atunci când evaluează dacă este necesar sau nu să cumuleze valorile mai multor achiziții de produse în vederea alegerii procedurii de atribuire, corelarea dintre scopul achiziției și similaritate va fi realizată astfel încât să atragă un număr cât mai mare de ofertanți/candidați, în vederea generării unei concurențe crescute, cu luarea în considerare a beneficiilor generate de economia de scară.

- (46) Or, rezultă din cele de mai sus că Autoritatea Contractantă nu poate utiliza valoarea estimată a contractului ca un mijloc de limitare a accesului participanților la Procedură prin sub-evaluarea produselor și serviciilor ce fac obiectul Procedurii.
- (47) Astfel cum am precizat în cadrul secțiunii I din prezenta Contestație, valoarea estimată a contractului ce face obiectul acestei Proceduri este mai mic decât al unor proceduri cu un obiect similar desfășurate în alte state membre ale Uniunii Europene în anii 2021 – 2022. Valoarea estimată a contractului (273.109.244 RON (aproximativ 54.600 euro la un curs de 5 RON/1 EUR)) este cu mult mai mică ținând cont nu doar de valoarea estimată pe unitatea de produs, dar și ținând cont că Autoritatea contractantă a inclus în această valoare și prețul serviciului complet aferent vehiculelor furnizate, deși astfel de servicii (garanție și mentenanță) sunt cotate separat și la un preț suplimentar față de valoarea produsului.
- (48) Din datele disponibile în documentația de atribuire, Subscrisorii este imposibil să determine modalitatea de calcul și factorii avuți în vedere de Autoritatea contractantă pentru a ajunge ale aceste prețuri sub-evaluate și sub prețul pieței la nivelul Uniunii Europene.
- (49) Prezenta Procedura are drept obiect achiziția unui număr de 100 troleibuze (conform Caietului de sarcini), valoarea estimată a contractului fiind de 273.109.244 RON (aproximativ 54.600.000 euro la un curs de 5 RON/1 EUR) conform punctului II.1.5) din Anunțul de participare și Fișa de date. Având în vedere valoarea totală estimată a contractului (care include și serviciile de garanție și mentenanță pentru o perioadă de 5 ani), valoarea pentru 1 troleibuz achiziționat va fi de aproximativ 546.000 euro (folosind același curs de schimb). Prin comparație cu alte proceduri de atribuire (unde prețul pe unitatea de produs fără a include servicii complete este de 574.690 euro (Vilnius) sau 655.000 euro (Bratislava) pentru 1 troleibuz), bugetul acestui proiect este insuficient și face imposibilă participarea la licitație pentru toți producătorii europeni de troleibuze.
- (50) În consecință, având în vedere că este necesară justificarea separată a valorii serviciilor (raportat la valoarea produselor) achiziționate, precum și că participanții trebuie să își întocmească ofertele financiare în consecință, bugetul contractului ce face obiectul acestei

Proceduri ar trebui să fie suplimentat cu valoarea de piață a serviciilor ce intră în obiectul contractului, un preț corespunzător fiind de 650.000 euro pentru un troleibuz, care să includă și serviciile complete solicitate de Autoritatea contractantă (echivalentul în RON fiind o valoare estimată de 325.000.000 la un curs de 5 RON/1 EUR). În consecință, Subscrisa solicităm modificarea valorii estimate a contractului prevăzută la punctul II.1.5) din Anunțul de participare și Fișa de date la valoarea de cel puțin 325.000.000 RON.

- (51) Întrucât la data prezentei Subscrisa nu am avut acces la dosarul achiziției publice, și mai ales la documentația internă a Autorității contractante care ar putea să stea la baza determinării valorii estimate a contractului (e.g. documentația procedurii de consultare a pieței ce s-a desfășurat anterior acestei Proceduri, astfel cum rezultă din documentația de atribuire, note justificative interne, decizii de aprobare interne), Subscrisa ne rezervăm dreptul de a suplimenta motivele de nelegalitate ce stau la baza acestui căpăt de cerere după accesul la dosarul achiziției publice, astfel cum acesta a fost solicitat în cadrul Secțiunii nr. V din prezenta Contestație.

III.2. Cu privire la modificarea duratei de executare a contractului

- (52) Art. 1(1) din Normele metodologice la Legea 98/2016 prevede cu titlu de regulă generală că „*în procesul de realizare a achizițiilor publice orice situație pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice*”. În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.
- (53) Potrivit aceluiași Norme, în îndeplinirea obligațiilor legale, autoritatea contractantă, prin compartimentul intern specializat în domeniul achizițiilor publice, are, printre altele, următoarele atribuții: „*b) elaborează și, după caz, actualizează, pe baza necesităților transmise de celelalte compartimente ale autorității contractante, programul anual al achizițiilor publice și, dacă este cazul, strategia anuală de achiziții; c) elaborează sau, după caz, coordonează activitatea de elaborare a documentației de atribuire și a strategiei de contractare, (...) pe baza necesităților transmise de compartimentele de specialitate;*”
- (54) Prin urmare, procesul de achiziție, precum și cel de planificare a achiziției (anterior demarării procesului de achiziție) este reglementat și impus unor cerințe legale. Astfel cum rezultă și din dispozițiile art. 2 (5) din Normele metodologice, atât prețul contractului, cât și durata acestuia trebuie raportat la necesități documentate ale autorității contractante (iar nu stabilite arbitrar), pe baza referatelor de necesitate emise pentru sprijinirea activității compartimentului intern specializat în domeniul achizițiilor publice, și care cuprind, printre altele, necesitățile de produse, servicii, valoarea estimată a acestora, precum și informațiile de care dispun, potrivit competențelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru; iar în funcție de natura și complexitatea necesităților identificate în referatele prevăzute la lit. a), transmiterea de informații cu privire la prețul unitar/total actualizat al respectivelor necesități, în urma unei cercetări a pieței sau pe bază istorică, precum și informarea cu privire la fondurile alocate pentru fiecare destinație, precum și poziția bugetară a acestora.
- (55) Astfel cum am arătat în cuprinsul secțiunii 1 din prezenta Contestație, durata de executare a contractului de 14 luni (potrivit punctului II.2.7) din Anunțul de participare și Fișa de

date), este insuficientă pentru a permite livrarea integrală a obiectului contractului (100 de troleibuze). Această durată nu ține cont de condițiile actuale de executare a contractului (având în vedere dificultățile din lanțul de furnizare, cauzate de circumstanțe cunoscute precum pandemia Covid-19, războiul din Ucraina).

- (56) Relevante în acest sens sunt proceduri comparabile, cu un obiect similar desfășurate în alte state membre UE, în care termenul de livrare pentru licitația pentru troleibuze (e.g. în Vilnius), și numai pentru primul lot, care este de 50 de troleibuze, este de la 435 de zile (începutul livrărilor) până la 600 de zile (sfârșitul livrărilor).
- (57) Astfel, un termen realist de livrare pentru un număr de 100 de troleibuze ar fi trebuit să fie minim 24 de luni. În acest sens, solicităm modificarea duratei de executare a contractului la 24 de luni (de la 14 luni) astfel cum este prevăzut la punctul H.2.7) din Anunțul de participare și Fișa de date.
- (58) Întrucât la data prezentei Subscrisa nu am avut acces la dosarul achiziției publice, și mai ales la documentația internă a Autorității contractante care ar putea să stea la baza determinării valorii estimate a contractului (e.g. documentația procedurii de consultare a pieței ce s-a desfășurat anterior acestei Proceduri, astfel cum rezultă din documentația de atribuire, note justificative interne, decizii de aprobare interne), Subscrisa ne rezervăm dreptul de a suplimenta motivele de nelegalitate ce stau la baza acestui capăt de cerere după accesul la dosarul achiziției publice, astfel cum acesta a fost solicitat în cadrul Secțiunii nr. V din prezenta Contestație.

III.3. Cu privire la modificarea specificațiilor tehnice din caietul de sarcini

- (59) Având în vedere cerințele actualului caiet de sarcini, considerăm că operatorii interesați să participe la această Procedură de atribuire sunt discriminați fiindcă, în conformitate cu specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini, chiar dacă ar exista operatori capabili să ofere produse conforme cu cerințele Autorității contractante, Subscrisa (și, anticipăm noi, și alți producători europeni de echipamente similare) este (sunt) îngrădită (îngrădiți) să participe la Procedură, aflându-se în imposibilitate să ofereze produsele lor din cauza limitărilor impuse, așa cum sunt detaliate în caietul de sarcini și expuse în această Contestație. Astfel, Caietul de sarcini conține cerințe excesive, restrictive, care afectează negativ concurența.
- (60) Caietul de sarcini conține cerințe tehnice excesive, care nu se justifică prin raportare la obiectul achiziției și obiectivele urmărite de Autoritatea contractantă. Prin documentația de atribuire aferentă Procedurii au fost impuse o serie de cerințe restrictive care limitează liberul acces la această Procedură pentru operatorii economici furnizori de echipamente concurente cu cele ce fac obiectul contractului solicitat de Autoritatea contractantă.
- (61) Pentru motivele detaliate în continuare, legalitatea acestei Proceduri este afectată în mod semnificativ întrucât documentația de atribuire cuprinde cerințe nelegale care limitează flagrant posibilitatea operatorilor economici de a participa în condiții de liberă concurență la această Procedură.
- (62) Astfel, în Secțiunea 3.4.1.5.24 (Circuitele de înaltă tensiune și echipamentele aferente), Sub-secțiunea 3.4.1.5.24.1 (Motorul/motoarele electrice de tracțiune), Autoritatea contractantă include următoarea cerință:

"Motorul/motoarele de tracțiune va/vor asigura performanțele dinamice solicitate și va avea o putere maximă de minim 200 kW/vehicul, proiectată pentru realizarea autonomiei și performanțelor dinamice." [pagina 32 din Caietul de sarcini]

- (63) Această cerință a puterii minime a motorului/motoarelor de tracțiune de 200 kW/vehicul, afectează grav demersul subscrisei de a participa la Procedura de atribuire. Menționăm că Skoda are un interes legitim și imediat în promovarea acestei Contestații, fiind un potențial ofertant în cadrul Procedurii și fiind direct interesată de legalitatea desfășurării acesteia, pentru a putea întocmi o ofertă conformă și competitivă.
- (64) Cerința din Secțiunea 3.4.1.5.24 (Circuitele de înaltă tensiune și echipamentele aferente), Sub-secțiunea 3.4.1.5.24.1 (Motorul/motoarele electrice de tracțiune) din Caietul de Sarcini este nelegală, nerespectând principiul proportionalității și reducând în mod artificial concurența.
- (65) Această cerință este excesivă, disproporționată și nejustificată prin raportare la obiectivele Procedurii, caracteristicile traficului urban și ale reliefului infrastructurii de transport din Municipiul București, care ar fi reclamat – cel mult – cerința unui motor de tracțiune cu o putere de 160 kW per vehicul!
- (66) Acesta este, de altfel, și standardul acestui tip de produs/echipament care este solicitat în alte capitale europene în proceduri similare – a se vedea, din această perspectivă, proceduri similare de achiziție din Vilnius (Lituania)⁸ sau Bratislava (Slovacia)⁹, unde cerința tehnică privind puterea motorului/motoarelor de tracțiune a fost de 160 kW per vehicul.
- (67) Având în vedere valoarea, complexitatea și obiectul Contractului, Autoritatea Contractantă trebuia să stabilească această cerință de o manieră care să nu restrângă în mod artificial concurența. Considerăm ca cerințele de mai sus sunt în mod evident disproporționate, restricționând în mod nejustificat posibilitatea companiilor de profil de a participa la această Procedură, și instituind cerințe care restrâng în mod artificial și semnificativ concurența, fiind favorizați astfel în mod exclusiv producătorii de astfel de echipamente care au deja în producție echipamente ce îndeplinesc cerința de mai sus (majoritatea, din afara Uniunii Europene).
- (68) Pentru a evita prejudicierea oricărui potențial ofertant, inclusiv a Subscrisei, care sunt în prezent împiedicați în mod abuziv și nelegal în a depune o ofertă în cadrul Procedurii, solicităm Consiliului să oblige Autoritatea Contractantă la modificarea cerințelor contestate din Caietul de Sarcini, astfel cum acestea au fost analizate mai sus, pentru a respecta condițiile legale impuse de Legea 98/2016, după cum urmează:

"Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională." (Art. 49 din Legea nr. 98/2016)

"(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței."

⁸ Anunț procedură disponibil aici: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:392897-2022:TEXT:EN:HTML&src=0>

⁹ Anunț procedură disponibil aici: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:207009-2021:TEXT:EN:HTML&tabId=2>

(2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumii operatori economici" (Art. 50 din Legea nr. 98/2016)

"Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici." (Art. 155 alin (6) din Legea nr. 98/2016)

"Specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini nu pot preciza un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se pot referi la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse." (Art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016)

precum și a celor impuse prin Art. 1 alin. (2), (3) și (4) din Normele Metodologice, care prevăd că:

"(2) Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței."

"(3) În cazul în care constată apariția unei situații dintre cele prevăzute la alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea."

"(4) Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv achiziția directă, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile."

(69) În acest sens, relevant este că CNSC a decis în sensul că "scopul caracteristicilor produsului/ serviciului/lucrării trebuie să răspundă unei nevoi reale și obiective a autorității contractante, astfel cum sunt acestea enunțate în cadrul caietului de sarcini sau al modificărilor dispuse ulterior de către aceasta"¹⁰.

(70) De altfel, CNSC a reținut în jurisprudența sa că:

"Specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini urmăresc descrierea în mod obiectiv a produsului care se dorește a fi achiziționat, în așa fel încât să corespundă necesității autorității contractante ... Față de scopul legislației privind achizițiile publice, atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele absolut necesare și strict la pragurile care îngăduiesc cel mai puțin operatorii economici. Ea trebuie să fie preocupată ca exigentele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze în considerare prevenirea unor eventuale abuzuri, o restrângere excesivă a exercitiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului. ... Fără a exista o justificare rezonabilă și acceptabilă a excluderii de la licitație a produselor care

¹⁰ Decizie CSNC disponibilă la: http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BO2013_4023.pdf

îndeplinesc funcțiile dorite de autoritate, dar care nu ating pragul inferior de 80kV, prin specificația tehnică atacată, autoritatea ajunge să restrângă nivelul de concurență”¹¹.

- (71) *În alte situații, CNSC a decis că “pentru a se constata caracterul nerestrictiv al celor două cerințe tehnice a căror modificare/eliminare o solicită contestatorul ..., Consiliul ar trebui să regăsească argumente tehnice, justificări pertinente din partea autorității contractante, care să fie prezentate în caietul de sarcini, prin care aceasta să-și justifice cerințele impuse ca fiind imperios necesare a fi îndeplinite de produsele oferite de operatorii economici interesați și a căror modificare nu poate fi acceptată întrucât acest demers ar conduce la achiziționarea unui produs care să nu mai corespundă cu necesitățile sale obiective”¹².*
- (72) Pentru aceste considerente, solicităm modificarea Cerinței tehnice de la Secțiunea 3.4.1.5.24 (Circuitele de înaltă tensiune și echipamentele aferente), Sub-secțiunea 3.4.1.5.24.1 (Motorul/motoarele electrice de tracțiune) în ceea ce privește puterea motorului/motoarelor de tracțiune de minim 200 kW/vehicul.
- (73) În măsura în care Consiliul constată faptul că, în baza documentației Procedurii și la acest stadiu al Procedurii în curs, nu este posibilă adoptarea măsurilor de remediere constând în modificarea cerințelor documentației de atribuire, așa cum Subscrisa solicită în cadrul prezentei Contestații, sau adoptarea unor astfel de măsuri de remediere nu ar fi suficientă pentru a conferi legalitate prezentei Proceduri, Subscrisa solicită Consiliului obligarea Autorității contractante la anularea Procedurii de atribuire.
- (74) Subscrisa am arătat că, în situația de față, Autoritatea contractantă a restrâns în mod nepermis posibilitatea operatorilor economici de a participa la Procedura de atribuire prin includerea unei specificații tehnice minimale (obligatorie pentru ofertanți) privind puterea motorului de tracțiune, care este restrictivă și nu este necesară pentru scopul Procedurii avut în vedere de Autoritatea contractantă.
- (75) Astfel, prin modul de redactare a documentației de atribuire, Autoritatea contractantă a limitat în mod grav concurența între operatorii economici care ar fi putut participa la această Procedura de atribuire. Aceste specificații privind puterea minimă a motorului/motoarelor de tracțiune (de minim 200 kW per vehicul) apar mai degrabă ca nejustificate și artificiale, nerăspunzând unei necesități concrete a Autorității contractante, prin raportare la obiectivele achiziției și realitatea transportului urban (și a specificului infrastructurii rutiere) din București.
- (76) De altfel, chiar Subscrisa a furnizat sute de troleibuze similare (12 m lungime) echipate cu motor de tracțiune de 160 kW în această configurație în Cehia, Slovacia, Bulgaria și chiar România (în Galați, în 2018). Și alți producători, cum ar fi Solaris, furnizează troleibuze cu (12 m lungime) echipate cu motor de tracțiune de 160 kW în această configurație în România, Ungaria, Spania, Suedia, Lituania. Din această perspectivă, majoritatea troleibuzelor de 12m lungime care se află în exploatare în Europa sunt echipate cu motoare de tracțiune de 160 kW.
- (77) Este de neînțeles, în acest context, impunerea unei cerințe tehnice care se îndepărtează atât de mult de la standardul comun acceptat în Europa pentru tipul de echipamente achiziționate în cadrul Procedurii, criteriu nejustificat de nicio particularitate sau necesitate a Autorității contractante sau specificitate a transportului urban din București. Este posibil ca acest nivel de prag minimal al puterii motorului/motoarelor de tracțiune (de 200 kW/vehicul) să fi fost preluat (fără distincție) din alte proceduri de achiziție, care

¹¹ Decizia CNSC poate fi consultată la adresa http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BO2013_1525.pdf.

¹² Decizia CNSC poate fi consultată la adresa http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2015/BO2015_2058.pdf.

însă vizau o configurație diferită a vehiculului ce face obiectul contractului (respectiv, vehicule de 18 m lungime).

- (78) Se impune, și pe această cale solicităm Consiliului, analizarea și verificarea Strategiei de contractare și a notelor de justificare elaborate de Autoritatea contractantă pentru a identifica căror necesități le corespunde această cerință excesivă și disproporționată inclusă de Autoritatea contractantă în Caietul de sarcini.
- (79) În momentul în care Autoritatea contractantă a decis impunerea unor cerințe tehnice privind produsul ce face obiectul achiziției, aceste cerințe trebuie să fie minime, nefiind permisă crearea unor ingerințe și cerințe nejustificate, disproporționate în ceea ce privește necesitatea lor.
- (80) De altfel, și CJUE – în interpretarea principiului proporționalității – a decis că *"impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adekvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite"* [Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV]
- (81) Efectul impunerii acestei cerințe constă, printre altele, în restrângerea concurenței, Subscrisa aflându-se în imposibilitatea concretă de a participa cu o ofertă în aceste condiții. Cel mai probabil, în aceeași situație se află și alți operatori economici, concurenți ai Subscrisei, care ar fi dorit să depună o ofertă în cadrul Procedurii.
- (82) În acest context, trebuie menționat și faptul că și Consiliul Concurenței a formulat în mod repetat anumite recomandări în scopul înlăturării efectelor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziții publice, subliniind necesitatea definirii "unor cerințe nediscriminatorii în caietele de sarcini, și stabilirea unor specificatii tehnice neutre, care să se plieze pe oferta a cât mai multor operatori economici, ceea ce ar conduce la o creștere a concurenței în cadrul procedurilor de achiziție publică"¹³.
- (83) Conform Art. 8 din Legea concurenței nr. 21/1996, instituțiile publice implicate în proceduri de achiziții publice sunt obligate să respecte principiile unei concurențe efective; fiind prohibită intervenția lor în operațiunile de piață de natură a afecta mediul concurențial. Astfel, instituțiile publice sunt obligate să organizeze proceduri de achiziții fără a impune condiții discriminatorii, dând astfel întreprinderilor interesate șanse egale la adjudicarea contractului.
- (84) O astfel de situație ca cea din speță ar reprezenta și o încălcare a Art. 18 din Directiva EU nr. 24/2014 și a jurisprudenței supranaționale (de exemplu, cauza T-668/15¹⁴) prin care s-a statuat cu titlu de principiu că:
- "În mod adițional, instanțele Uniunii au statuat că unul dintre obiectivele normelor Uniunii privind contractele publice este de a asigura deschiderea cât mai largă a concurenței, fiind în interesul dreptului Uniunii să asigure participarea cât mai extins posibilă a ofertanților într-o procedură de licitație. Ar trebui adăugat, în acest sens, că o astfel de deschidere către concurență cât mai largă este prevăzută nu numai în raport cu interesul Uniunii pentru*

¹³http://www.consiliulconcurenței.ro/wp-content/uploads/2020/01/studiu_privind_efectul_de_lock-in_achizitii_publice_publicare_site_cc-1.pdf

¹⁴ Hotărârea Tribunalului din 10 noiembrie 2017 în cauza T-668/15 Jema Energy/Întreprinderea comună Fusion for Energy

libera circulație a bunurilor și serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va avea astfel o alegere mai mare în ceea ce privește cea mai avantajoasă ofertă și cea mai bine adaptată nevoilor entității publice în cauză (hotărârea din 10 noiembrie 2015, GSA și SGI/Parlament, T-321/15, nepublicată, EU: T: 2015 : 834, punctul 58, a se vedea, de asemenea, hotărârile din 23 decembrie 2009, CoNISMA, C-305/08, EU: C: 2009: 807, paragraful 37 și jurisprudența citată, și din 18 iunie, 2015, Martin Meat, C-586/13, EU: C: 2015: 405).¹⁵

IV. ANULAREA PROCEDURII

- (85) În măsura în care Consiliul constată faptul că, în baza documentației Procedurii și la acest stadiu al Procedurii în curs, nu este posibilă adoptarea măsurilor de remediere constând în modificarea cerințelor documentației de atribuire, așa cum Subscrisa solicită în cadrul prezentei Contestații, sau adoptarea unor astfel de măsuri de remediere nu ar fi suficientă pentru a conferi legalitate prezentei Proceduri, Subscrisa solicită Consiliului obligarea Autorității contractante la anularea Procedurii de atribuire.
- (86) Potrivit art. 1 alin. (2) și (3) din Normele metodologice, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței. În cazul în care constată apariția unei astfel de situații, autoritatea contractantă are obligația de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităților care au legătură cu acestea.
- (87) În sensul celor de mai sus, art. 212 alin. (1) lit c) din Legea 98/2016 prevede că: *"Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru (...): dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire..."*.
- (88) Art. 59 alin. (2) și (3) din Normele metodologice clarifică situațiile particulare când o încălcare a prevederilor legale afectează procedura de atribuire, precizând că autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite modificarea, iar operatorul SEAP nu are dreptul să modifice informațiile de natură să afecteze funcționarea sistemului informatic și/sau desfășurarea procedurii. Mai mult decât atât, potrivit dispozițiilor exprese ale legii, în situația în care se constată erori sau omisiuni cu privire la aceste informații (i.e., informații de natură să afecteze funcționarea sistemului informatic și/sau desfășurarea procedurii), autoritatea contractantă are obligația de a dispune anularea procedurii de atribuire, considerându-se, implicit, că se îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus.

¹⁵ In addition, the courts of the Union have stated that one of the objectives of the Union rules on public contracts is to open them up to the widest possible competition and that it is in the interest of Union law to ensure the broadest participation possible of bidders in a tendering procedure. It should be added, in this respect, that such an opening to the widest possible competition is contemplated not only in relation to the Union interest in the free movement of goods and services, but also in the self-interest of the contracting authority involved, which will thus have greater choice in terms of the most advantageous offer and the best adapted to the needs of the public entity concerned (judgment of 10 November 2015, GSA and SGI/Parliament, T-321/15, unpublished, EU:T:2015:834, paragraph 58, see also, in this regard, the judgments of December 23, 2009, CoNISMA, C-305/09, EU:C:2009:807, paragraph 37 and case law cited, and of June 18, 2015, Martin Meat, C-586/13, EU:C:2015:405)

- (89) De asemenea, art. 55 din Normele metodologice reglementează cazul particular al obligației de anulare a Procedurii de atribuire atunci când pe parcursul procedurii intervin modificări față de cele inițial publicate de autoritatea contractantă în anunțul de participare și aceste modificări afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziției publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiție sau schimbă piața de profil la care se adresează.
- (90) Pe parcursul prezentei Contestații, Subscrisa am arătat că, în situația de față, Autoritatea contractantă a restrâns în mod nepermis posibilitatea operatorilor economici de a participa la Procedura de atribuire prin includerea unei cerințe în documentația de atribuire (obligatorii pentru ofertanți) care sunt restrictive și nu sunt necesare pentru scopul Procedurii avută în vedere de Autoritatea contractantă.
- (91) Astfel, prin modul de redactare a documentației de atribuire, Autoritatea contractantă a limitat în mod grav concurența între operatorii economici care ar fi putut participa la această Procedura de atribuire, iar în prezent, singurul mijloc de remediere constă în modificarea documentației în sensul eliminării dispozițiilor nelegale și înlocuirea acestora cu cerințe noi de natură a permite tuturor operatorilor economici interesați participarea la procedură.
- (92) În măsura în care CNSC înțelege să dispună modificarea documentației de atribuire conform celor solicitate de Subscrisă prin prezenta Contestație, potrivit art. 26 alin (3) din Legea 101/2016 CNSC poate anula procedura de atribuire, dacă implementarea modificărilor solicitate în corpul prezentei face imposibilă continuarea Procedurii fără a se afecta prin această principii legislației în materia achizițiilor publice.

V. ACCESUL LA DOSARUL ACHIZIȚIEI PUBLICE

- (93) Referitor la cele de mai sus, precizăm că până la data formulării acestei Contestații, Subscrisa nu am avut acces la documentele dosarului achiziției publice. Având în vedere că la dosarul achiziției este probabil să se regăsească anumite documente de interes pentru soluționarea prezentei Contestații (de exemplu, documente furnizate în cadrul procedurii de consultare a pieței, documente justificative privind necesitățile autorității contractante raportat la obiectul contractului ce face obiectul Procedurii) este imperativ pentru buna soluționare a prezentei contestații ca CNSC să analizeze aspectele învederate prin raportare la documentele existente la dosarul achiziției.
- (94) De asemenea, pentru a permite Subscrisei în calitate de operator economic interesat de participarea această Procedură, exercitarea efectivă a dreptului la apărare, în temeiul art. 19 alin. (1) și (2) din Legea 101/2016, solicităm accesul la toate documentele dosarului achiziției care nu sunt recunoscute ca fiind confidențiale în condițiile legii.
- (95) Întrucât ca urmare a accesului la dosarul achiziției este posibil să identificăm și alte aspecte de nelegalitate ce afectează Procedura de atribuire și actele emise de Autoritate în cursul acesteia, Subscrisa ne rezervăm dreptul de a aduce la cunoștința Consiliului motivele de nelegalitate sesizate, relevante pentru soluționarea prezentei Contestații.

Pentru toate motivele de mai sus solicităm admiterea prezentei Contestații astfel cum a fost formulată.

În drept: art. 2 alin. (2), art. 3 alin. (1), art. 49, art. 50, art. 155 și urm. din Legea nr. 98/2006, precum și Normele metodologice la aceasta.

În probațiune: înscrisuri (actele anexate, dosarul CNSC, precum și orice alte probe a căror necesitate ar rezulta în cursul soluționării Contestației).

În susținerea prezentei notificări prealabile, anexăm documentele indicate în notele de subsol precizate în cuprinsul prezentului document.

Cu deosebită considerație,

Škoda Electric a.s.

Prin **CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang LLP SCP**

