



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1051/C8/1004, 1019

Data: 24.06.2020

Prin contestația fără număr (**dosar 1004/2020**), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20371/26.05.2020, înaintată de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL, cu sediul în București, str. C.A. Rosetti nr. 17, birou 009ResCo-work08, sector 2, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J40/2887/2018, având CUI 38946570, reprezentată legal prin Sarp Cemal Alagöl și convențional prin Schoenherr și Asociații SCA, cu sediul procesual ales în București, b-dul Dacia nr. 30, et. 7, sector 1, formulată împotriva documentației de atribuire, întocmită de MUNICIPIUL SIBIU, cu sediul în Sibiu, str. Brukenthal Samuel nr. 2, județul Sibiu, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziție de mijloace de transport public CNG și sisteme conexe”, s-a solicitat Consiliului:

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a procedurii;
- prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor, în temeiul dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Prin Încheierea nr. 923/C8/1004 din 28.05.2020, Consiliul, cu majoritate de voturi, a respins, ca nefondată, cererea SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL de suspendare a procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziția de mijloace de transport public CNG și sisteme conexe”, organizată de Municipiul Sibiu.

Prin adresa nr. 208/05.06.2020, înregistrată la Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22660/10.06.2020, SC BMC TRUCK & BUS SA, cu sediul în șos. București nr. 24, comuna Ciorogârla, jud. Ilfov, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. J23/190/2002, având CUI 14442959 reprezentată legal de Kilic Sinan, în calitate de Președintele Consiliului de Administrație, transmite cerere de intervenție voluntară, solicitând Consiliului admiterea cererii de intervenție și pe cale de consecință, admiterea contestației SC Otokar Europe Filiala București SRL cu referire la "pct. I.4. Secțiunea 7.1", în sensul obligării autorității contractante de a dispune măsuri de remediere.

Prin contestația nr. 200/25.05.2020 (**dosar 1019/2020**), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20710/27.05.2020, formulată de SC BMC TRUCK & BUS SA, cu sediul în comuna Ciorogârla, șos. București nr. 24, județul Ilfov, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J23/190/2002, având CUI 14442959, reprezentată de Kilic Sinan - Președintele Consiliului de Administrație, formulată împotriva documentației de atribuire, întocmită de Municipiul Sibiu, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în sensul eliminării/modificării unor elemente din documentația de atribuire.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor și a cererii de intervenție, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

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 SC Otokar Europe Filiala București SRL solicită:

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a procedurii;
- prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor, în temeiul dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016;
- suspendarea procedurii sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 și art. 23 din Legea nr. 101/2016.

I. Cerințe din caietul de sarcini contravin legislației achizițiilor publice.

1.1. Cerința prevăzută în Secțiunea 1 - Generalități (pag. 8) și Secțiunea 5 - Documentație (pag. 13) din caietul de sarcini, cu privire la depunerea de ofertant a documentației de omologare a autobuzului.

Având în vedere că cerința din caietul de sarcini nu este suficient de clară încât să conducă la concluzia că la momentul depunerii ofertei este suficient să fie depuse, în cazul în care nu există omologare emisă de RAR, doar omologările de tip CE emise de autoritățile competente în unul din statele membre ale UE, este necesar ca autoritatea contractantă să clarifice că și secțiunea 5 - Documentație, are în vedere că la momentul depunerii ofertei, ofertanții pot depune fie documentația RAR, fie alte omologări obținute în unul din statele UE.

Contestatoarea apreciază că o astfel de clarificare este necesară, pentru a asigura interpretarea unitară a cerințelor caietului de sarcini, pentru a permite operatorilor interesați pregătirea unei oferte care să corespundă întocmai cerințelor din documentația de atribuire și mai ales pentru a evita o interpretare restrictivă a cerințelor din caietul de sarcini în sensul declarării neconforme a ofertanților care ar aduce omologări din UE, cu consecința restricționării artificiale a concurenței.

1.2. Cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.1. - Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 12 m, cu privire la înălțimea totală a autobuzelor și deschiderea liberă a ușilor pentru călători.

Contestatoarea menționează că potrivit caietului de sarcini, pentru autobuzele de 12 m, înălțimea totală trebuie să fie de maximum 3.400 mm, iar deschiderea liberă a ușilor trebuie să fie de minimum 1.200 mm.

În ceea ce privește înălțimea totală, contestatoarea arată că, potrivit Regulamentul UE 1230/2012 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009, înălțimea maxim admisă pentru autobuzele din categoria M2 și M3 este de 4,000 mm. Or, limitând înălțimea maximă permisă de legislație la 3,400 mm, concurența este în mod vădit restricționată.

Petenta solicită Consiliului ca cerința privind înălțimea maximă admisă a autobuzelor de 12 m să permită o toleranță de +50 mm, fiind în mod evident, necesară o mai mare flexibilitate a cerințelor din documentația de atribuire, pentru a permite participarea la procedura a cât mai multor ofertanți.

În măsura în care o astfel de solicitare nu va fi admisă, contestatoarea solicită în subsidiar obligarea autorității contractante la acceptarea unor certificate de omologare care prevăd o înălțime a autobuzelor cu o toleranță de +/-3% față de valoarea stabilită în caietul de sarcini.

Contestatoarea menționează Regulamentul UE nr. 1230/2012, respectiv în Apendicele 2 - Toleranțe admise pentru omologarea tip și conformitatea producției, punctul 1.2.

În ceea ce privește deschiderea liberă a ușilor, Regulamentul CEE-ONU R 107 stabilește că lățimea minimă a deschiderii libere a ușilor pentru călători poate fi de 1.100 mm.

Contestatoarea solicită modificarea cerinței prevăzute în Secțiunea 6.3.1. - Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 12 m în sensul luării în considerare pentru respectarea acestei cerințe doar a distanței de 1.200 mm dintre deschiderea liberă a ușilor, iar nu dintre barele de sprijin.

1.3. Cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.2. - Dimensiuni generale constructive ale autobuzului de 18 m, cu privire la înălțimea și lungimea totală a autobuzelor și deschiderea liberă a ușilor pentru călători.

Potrivit caietului de sarcini, pentru autobuzele de 18 m, înălțimea totală trebuie să fie de maximum 3.400 mm, lungimea totală a autobuzului trebuie să fie de 18.200 mm, iar deschiderea liberă a ușilor trebuie să fie de minimum 1.200 mm.

În ceea ce privește cerința privind înălțimea și deschiderea liberă a ușilor, contestatoarea consideră că se impun aceleași modificări pentru argumentele prezentate în secțiunea 1.2 de mai sus.

În ceea ce privește lungimea totală a autobuzelor din gama de 18 m, conform Regulamentului UE 1230/2012, lungimea totală permisă pentru autobuzele din gama de 18 m este de 18.750 mm.

Contestatoarea menționează că produsele sale acoperă gama solicitată prin caietul de sarcini, în sensul că Otokar deține omologări pentru dimensiunea de 18.200 mm, astfel cum aceasta este solicitată de Autoritatea contractantă.

Contestatoarea arată că producerea unor autobuze de 18.750 mm permite o mai mare fiabilitate de construcție și de utilizare, cât și un grad de confort sporit călătorilor. Astfel, o dimensiune de 18.750 mm ar permite un număr mai mare de călători per autobuz.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită modificarea cerințelor din Secțiunea 6.3.2. - privind dimensiunile autobuzelor din gama de 18m, astfel:

- modificarea cerinței privind înălțimea maximă admisă a autobuzelor de 18 m, astfel cum e prevăzută în caietul de sarcini, în sensul să se permită o toleranță de +50 mm;

- în subsidiar, clarificarea cerințelor în sensul că sunt acceptate certificate de omologare pentru o înălțime a autobuzelor ce se încadrează în limitele de toleranță de 3% prevăzute în Regulament (CE) nr. 1230/2009;

- clarificarea faptului că pentru deschiderea ușilor, dimensiunea de 1.200 mm vizează deschiderea liberă a ușilor, iar nu distanța calculată dintre barele de sprijin;

- modificarea cerinței privind lungimea autobuzelor din gama de 18m, în sensul că se permite o lungime de 18.750 mm.

1.4. Secțiunea 7.1 - Motorul, cu privire la cerințele privind puterea nominală și cuplu motor pentru autobuzele din gama 18 m

Potrivit caietului de sarcini, pentru autobuzele din gama de 18 m, au fost stabilite următoarele caracteristici în care trebuie să se încadreze motorul, respectiv: Putere nominală: min. 240kW la max. 2.500 rpm; Cuplu motor: min. 1.300 Nm la max. 1.200 rpm.

Puterea minimă stabilită de autoritatea contractantă de 240kW este restrictivă, întrucât doar unii furnizori de motoare asigură această putere minimă. Pentru autobuzele Otokar se folosesc motoare achiziționate de la furnizori din Europa, care asigură o putere de minimum 235kW, la maxim 2000rpm.

Motoarele autobuzelor Otokar au un cuplu motor mai mare, respectiv 1357Nm la maxim 1300-1400rpm.

Autobuzele livrate de contestatoare asigură prin parametrii menționați de minimum 235kW la max. 2.000 rpm și 1357Nm la max. 1300-1400rpm o funcționare îmbunătățită a autobuzului, cu un cuplu motor mai mare la o turație mai mică a motorului, cu un consum mai mic.

Contestatoarea solicită modificarea cerințelor privind principalele caracteristici ale motorului pentru autobuzele de 18 m, în sensul admiterii unor toleranțe care să permită echiparea autobuzelor cu motoare cu:

Putere nominală: min. 235 kW la max. 2.000 rpm, - Cuplu motor: 1357Nm la max. 1300-1400rpm

1.5. Secțiunea 7.1.3. - Alimentarea rezervoarelor de gaz, cu privire la poziționarea valvei de alimentare pe partea stângă a autobuzului.

Conform caietului de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat ca valva de alimentare a autobuzelor să fie poziționată pe partea stângă a autobuzelor.

Autobuzele Otokar au valvă amplasată atât pe partea stângă, cât și pe partea dreaptă, pentru a oferi o mai mare fiabilitate în utilizare.

Pentru a nu restricționa artificial participarea la procedură a ofertanților care asigură o valvă pe partea stângă, dar au amplasată în plus o valvă și pe partea dreaptă a autobuzului, contestatoarea solicită modificarea în sensul clarificării că sunt acceptate autobuzele ce prezintă valvă pe ambele părți.

1.6. Secțiunea 7.4 - Instalația de aer comprimat, cu privire la dotarea rezervoarelor de aer comprimat cu purjare automată și manuală.

Conform caietului de sarcini, se solicită, între altele, ca rezervoarele de aer comprimat să fie prevăzute cu purjare atât automată, cât și manuală.

Din punct de vedere tehnic, nu este posibilă echiparea rezervoarelor de aer comprimat atât sistem de purjare automată cât și cu un sistem de purjare manuală.

Prin urmare, cerința privind echiparea instalației de aer comprimat atât cu purjare automată, cât și cu purjare manuală, este excesivă, punând operatorii economici în imposibilitatea de a participa la procedură, întrucât combinația unui sistem de purjare automat și manual nu este posibilă.

Contestatoarea solicită modificarea cerinței din caietul de sarcini, în sensul de a se permite ofertanților oricare din cele două tipuri de purjări. În cazul în care autoritatea contractantă va dori un singur tip de purjare.

1.7. Secțiunea 7.5 - Suspensia, cu privire la cerințele de echipare a axei mediane, pentru autobuzele din gama de 18m.

Prin caietul de sarcini s-au stabilit următoarele cerințe privind axele autobuzelor:

- axa față va fi echipată cu doua perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare); doua amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă.

- axa spate va fi echipată cu patru perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare); patru amortizoare hidraulice cu dublu efect cu limitator de cursă.

- axa mediană (autobuze din gama 18 m)- două perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare); doua amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă.

Din punct de vedere tehnic, cele stabilite pentru axa amediană a autobuzelor din gama de 18m nu respectă standardele internaționale care prevăd cerințe de suspensii pentru axa mediană similare cu axa din spate.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită modificarea cerinței din caietul de sarcini cu privire la axa mediană, astfel:

- patru perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare);
- patru amortizoare hidraulice cu dublu efect cu limitator de cursă.

1.8. Secțiunea 7.10 - Caroseria, cu privire la aplicarea în mod unitar și integral a operațiunilor anticorozive aplicate caroseriei și structurii autobuzelor

Contestatoarea menționează că modalitatea în care este redactată cerința privind modalitatea aplicării operațiunilor anticorozive, restrânge în mod excesiv concurența prin impunerea unei limitări nejustificate.

Astfel, potrivit caietului de sarcini *„Structura caroseriei va fi protejată corespunzător anticoroziv (ta interior și ta exterior) prin procedeul de imersie în baie cataforetică (KTL) sau zincare la cald, operațiuni anticorozive aplicate caroseriei și structurii autobuzelor în mod unitar și integral (interiorul și exteriorul profilului și ansamblurilor nedemontabile) și care să nu comporte operațiuni ulterioare de mentenanță și întreținere). pentru a asigura durata de viață solicitată a caroseriei”*.

Procedura de zincare la cald se realizează pe elementele de structură ce compun scheletul caroseriei, iar nu pe întregul schelet.

O astfel de restricție încalcă dispozițiile art. 2 din Legea nr. 98/2016. Totodată, contestatoarea susține că este necesar ca autoritatea contractantă să lămurească dacă procedura galvanizării la cald este permisă, având în vedere că și aceasta este tot o modalitate de zincare la cald, permisă în mod expres prin caietul de sarcini.

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la modificarea prevederilor din caietul de sarcini în sensul de a permite aplicarea procedurii de zincare la cald în mod separat, pentru elementele constructive ale caroseriei precum și precizarea dacă galvanizarea la cald este permisă, ca operațiune anticorozivă.

1.9. Secțiunea 7.14 - Scaunele pentru călători, cu privire la respectarea prevederilor Regulamentului nr. 80 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEEONU) — Dispoziții uniforme privind omologarea scaunelor vehiculelor mari și a acestor vehicule în ceea ce privește rezistența scaunelor și sistemelor lor de ancorare („Regulamentul CEEONU 80”).

Această cerință se impune a fi eliminată din caietul de sarcini, întrucât acest regulament nu este aplicabil autobuzelor care fac obiectul

prezentei proceduri. Astfel, potrivit Regulamentului CEEONU 80, acesta este aplicabil doar claselor II și III din categoriile M2 și M3, deci nu și autobuzelor din clasa I.

Contestatoarea solicită eliminarea acestei cerințe din caietul de sarcini.

1.10. Secțiunea 7.20 - Sistemul de climatizare (încălzire, ventilație și aer condiționat/HVAC), cu privire la respectarea prevederilor Regulamentului CEE-ONU 121 și Regulamentului CEE-ONU 672/2010 privind cerințele pentru omologarea de tip a dispozitivelor de dejivrare și de dezaburire a parbrizului a anumitor autovehicule și de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele de omologare de tip pentru siguranța generală a autovehiculelor, a remorcilor acestora, precum și a sistemelor, componentelor și unităților tehnice separate care le sunt destinate („Regulamentul CE 672/2010”).

Cerința privind respectarea Regulamentului CEE-ONU 121 se impune a fi eliminată, întrucât acest Regulament nu este aplicabil sistemelor de climatizare. Acest Regulament conține prevederi exclusiv privind omologarea vehiculelor în ceea ce privește amplasarea și identificarea comenzilor manuale, a martorilor și a indicatoarelor. Cerința se impune a fi reformulată în sensul respectării Regulamentului CEE-ONU 122 privind specificațiile tehnice uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M, N și O în ceea ce privește sistemele de încălzire ale acestora.

De asemenea, cerința privind respectarea Regulamentului CE 672/2010 în ceea ce privește sistemul de climatizare se impune a fi eliminată din caietul de sarcini, întrucât acest Regulament nu este aplicabil autobuzelor care fac obiectul prezentei proceduri.

1.11. Secțiunea 7.23 - Instalația electrică, cu privire la protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice cu vaselină neutră.

Această cerință este restrictivă, existând în practică și alte metode mult mai moderne și mai eficiente de a asigura protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice.

Având astfel în vedere că în practică nu este testată o singură metodă de protecție a conectorilor exteriori, este abuzivă o cerință care să prevadă doar o metodă de protecție, câtă vreme există soluții alternative mult mai moderne și eficiente.

Contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la completarea cerinței din caietul de sarcini, în sensul permiterii și a variantei care presupune aplicarea unui spray de contact pentru conectori, alternativ cu procedura care implică utilizarea vaselinei neutre.

1.12. Secțiunea 13 - Penalizări și moduri de rezolvare a defecțiunilor în termenul de garanție, cu privire la termenul maxim de remediere a defecțiunilor, în termenul de garanție

În ceea ce privește termenul maxim de remediere a defecțiunilor, caietul de sarcini prevede un termen de remediere a defecțiunilor, în termenul de maxim 48 ore pentru intervențiile care nu necesită

echipamente și maxim 72 ore pentru intervențiile care necesită echipamente, de la întocmirea notificării trimise către ofertant.

Contestatoarea solicită modificarea acestor termeni prin stabilirea unor referințe exprimate în zile lucrătoare, respectiv, în loc de 48 ore să fie prevăzut 2 zile lucrătoare, iar în loc de 72 ore să fie prevăzut 3 zile lucrătoare.

Astfel în cazul în care termenele de remediere exprimate sunt exprimate în ore, iar acestea cad în zile nelucrătoare, furnizorul va putea fi fie în situația de a nu putea îndeplini la timp remedierea, fie în situația de a plăti suplimentar pentru aceste remedieri.

Contestatoarea solicită modificarea cerinței prin raportare la zile lucrătoare, iar nu ore.

1.13. Secțiunile 13 și 14 din caietul de sarcini, cu privire la stocul de materiale și personalul utilizatorului care va realiza întreținerea

Din secțiunile 13 și 14 din caietul de sarcini reiese o anumită obligație a ofertantului de a asigura fie în autobază, fie la sediul beneficiarului anumite materiale aferente întreținerii autobuzelor.

Specificatiile tehnice sunt însă lapidare cu privire la modalitatea practică în care aceste stocuri trebuie create și ulterior reînnoite, dar mai ales cu privire la modul în care costul aferent acestor materiale trebuie reflectat sau nu în ofertă.

Astfel, contestatoarea solicită clarificarea următoarelor aspecte:

- Cine este responsabil de crearea stocurilor menționate pentru fiecare tip de mentenanță - zilnică/ planificată; dacă furnizorul, atunci acest lucru ar trebui specificat în mod clar;

- Când se creează fiecare stoc și care e procedura aferentă?

- Cine are răspunderea organizării stocului (cine pune la dispoziție locația, rafturile, forța de muncă aferentă organizării stocurilor, etc)?

- Ce materiale trebuie incluse - decizia aparține furnizorului sau autoritatea contractantă pune la dispoziție o listă completă a acestora?

- Lista de materiale trebuie inclusă în ofertă sau trebuie pusă la dispoziție ulterior (ar trebui specificat când)? Se solicită cantități minime de materiale?

- Dacă stocul minim va sta la utilizatorul autobuzelor, cine va prelua răspunderea pentru pază și buna gestiune a stocului?

- Dacă este posibilă realizarea stocului la o unitate sub răspunderea furnizorului din România - urmând ca elementele necesare să fie puse la dispoziție utilizatorului pe bază de comandă, prin curier?

- Care e procedura prin care se verifică/ se notifică situația stocului, astfel încât să se asigure disponibilitatea materialelor?

- Cât timp trebuie menținut acest stoc, doar pe perioada de garanție a autobuzelor sau și ulterior și, în ultima ipoteză, în ce condiții?

- Cum se suportă costul materialelor ce se includ în acest stoc, respectiv, (i) costurile se includ în ofertă sau (ii) în ofertă se include o listă de materiale cu costurile aferente care vor fi ulterior achitate de autoritate pe măsură ce materialele sunt incluse în stoc?

- Dacă costurile cu manopera aferentă personalului utilizatorului care realizează întreținerea (atât conform 14.1 cât și conform 14.2 din caietul de sarcini), trebuie suportat de furnizor.

Contestatoarea învederează art. 3 alin. 1 lit. z) din Legea nr. 98/2016 și art. 154 din Legea nr. 98/2016.

În cazul în care elementele de cost ce trebuie incluse în oferta financiară nu sunt pe deplin clarificate, se poate ajunge în situația în care participanții depun oferte ce nu pot fi comparate, fapt de natură a duce la distorsionarea rezultatului.

Pentru aceste considerente, contestatoarea solicită clarificarea elementelor ce vizează stocurile de materiale pe care furnizorul trebuie să le asigure după livrarea autobuzelor.

1.14. Secțiunea 16 din caietul de sarcini - Defecțiuni sistematice și vicii ascunse, cu privire la perioada în raport cu care se determină condițiile viciului material.

Prin caietul de sarcini se face referire la o "fiabilitate declarată de ofertant a agregatului/ subansamblului", însă nicidecum în caietul de sarcini nu a fost identificată o cerință în acest sens.

De aceea, se impune completarea caietului de sarcini în sensul clarificării modului în care ofertanții trebuie să includă în oferta lor o astfel de declarație a fiabilității.

Contestatoarea solicită eliminarea obligației de răspundere a furnizorului pentru perioada post garanție cu privire la defecțiunile sistematice și viciile ascunse.

Astfel, pe perioada de garanție, furnizorul are control asupra modului în care se realizează întreținerea și mentenanța periodică a autobuzului, astfel încât să nu ducă la supra solicitarea agregatelor/ subansamblurilor.

Pentru perioada de post garanție însă, furnizorul nu mai are nici un control, astfel încât se poate foarte ușor ca un subansamblu să se strice pentru că, de exemplu, nu s-a efectuat la timp sau corect procedura de întreținere. Or astfel de situații nu pot fi puse în sarcina furnizorului drept vicii ascunse sau defecte sistematice.

Contestatoarea solicită ca răspunderea furnizorului pentru vicii ascunse/ defecte sistematice să fie limitată la perioada de garanție a autobuzului.

1.15. Secțiunea 15.3 - Activitatea de remediere a defecțiunilor care nu sunt imputabile furnizorului (tamponări sau comenzi de lucru ordonate de utilizator) și care nu pot fi remediate de utilizator

Având în vedere că durata de garanție a autobuzelor se întinde pe o perioadă de 5 ani, este necesară modificarea cerinței privind menținerea aceluiași preturi pe întreaga durată de garanție, în sensul permiterii ofertantului declarat câștigător de a indexa anual prețurile pentru piesele și subansamblele de schimb avute în vedere de secțiunea 15.3 pe baza indicelui de creștere a prețurilor industriale publicate lunar de Institutul Național de Statistică.

Având în vedere dinamica prețurilor pentru o perioadă atât de îndelungată ca cea de garanție, o actualizare periodică de preț se impune

inclusiv din perspectiva asigurării unei proporționalități și a echilibrului contractual în raport cu furnizorul, care își asumă obligații pe termen lung.

II. Cerințe din fișa de date care contravin legislației achizițiilor publice

Potrivit pct. III. 1.3.a), operatorii economici trebuie să demonstreze experiența similară în activități având ca obiect furnizarea de mijloace de transport în comun/de călători în cuantum de minim 50.000.000 lei, în cadrul unuia sau maxim 5 contracte, în ultimii 3 ani.

Având în vedere că la același punct din fișa de date se solicită dovada furnizării de „produse similare cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedură”, pentru evitarea oricăror interpretări cerința se impune a fi clarificată în sensul că vor fi acceptate drept dovadă a experienței similare contracte având ca obiect orice mijloace de transport în comun/de călători, indiferent de motorizarea acestora și că printre mijloacele de transport în comun acceptate se includ autobuze M3 din clasa I, cu orice tip de motorizare care presupun caracteristici constructive generale similare sau chiar identice.

III. Prevederi din draft-ul de contract care contravin legislației achizițiilor publice

III.1 Clauza 12.1 privind penalitățile de întârziere

Potrivit clauzei 12.1, autoritatea contractantă poate rezilia contractul în măsura în care durata aferentă penalităților de întârziere este mai mare de 30 zile calendaristice.

O astfel de măsură este în mod evident excesivă și disproporționată, o întârziere de 30 zile calendaristice neputând fi considerată o neexecutare care să justifice sancțiunea rezilierii de drept.

O întârziere de 30 zile care ar putea fi datorată unor circumstanțe independente de voința Furnizorului (cum ar fi întârzieri datorate partenerilor comerciali ai furnizorului, lipsa sau durata mai mare de livrare a unor componente esențiale etc), nu poate justifica rezilierea contractului, fiind disproporționată.

III.2 Clauza 12.4 privind daunele-interese

Potrivit clauzei 12.4, sancțiunile prevăzute în caz de reziliere sunt excesive și se impun a fi eliminate. În ipoteza rezilierii, acordarea de penalități de întârziere până la o nouă atribuire a autobuzelor rămase de livrat lipsește furnizorul de orice previzibilitate asupra daunelor-interese ce ar urma să le suporte.

Atribuirea produselor rămase de livrat printr-o nouă procedură ar rămâne în acest caz la discreția absolută a autorității contractante, aceasta fiind singura în măsură să decidă și chiar să influențeze pe parcurs durata procedurii de atribuire în vederea perceperii daunelor-interese.

Aceasta poate decide asupra procedurii de atribuire aplicate, durata termenelor din cadrul procedurii, durata evaluării ofertelor, întocmirii raportului final privind evaluarea ofertelor și, în final, semnarea noului contract. Astfel, durata acestor etape este incertă și imposibil de stabilit ab initio, astfel că furnizorul se va regăsi în situația în care nu are nicio vizibilitate asupra daunelor- interese pe care le-ar putea suporta și ar

conferi o putere discreționară autorității contractante, lăsând la aprecierea acesteia cuantumul daunelor-interese.

Or, o astfel de prevedere contractuală pur punitivă este excesivă, și pe cale de consecință, reductibilă de către instanță în condițiile art. 1541 alin. (1) lit. b) Cod civil.

Contestatoarea precizează că pentru o mai mare transparență și echilibru între părțile contractante, se impune eliminarea acestei clauze și stabilirea daunelor-interese aferente rezilierii în conformitate cu regulile răspunderii civile contractuale. În subsidiar, pentru o mai mare previzibilitate, clauza penală mai sus menționată trebuie să stabilească o durată maximă pentru care se vor percepe penalități și să instituie obligația autorității contractante să finalizeze noua procedură în această durată maximă.

III.3 Clauzele 14.1-14.3 privind drepturile de proprietate intelectuală

Clauza 14.1 este abuzivă și de natură să restrângă activitatea comercială a furnizorului în viitor. Documentele sau materialele elaborate de către personalul furnizorului de-a lungul executării contractului nu pot deveni proprietatea exclusivă a achizitorului, acestea rămânând proprietatea intelectuală a furnizorului, care transferă către autoritatea contractantă exclusiv proprietatea asupra autobuzelor achiziționate, fără a transfera și drepturile de proprietate intelectuală aferente.

Achizitorul solicită furnizarea unor autobuze de serie, nu a unei soluții tehnice inovative care să justifice și transferul drepturilor de proprietate intelectuală aferente acesteia.

Furnizarea aceluiași tip de autobuz către mai multe achizitori este o practică firească a oricărui furnizor și nu poate fi restrânsă abuziv printr-o clauză contractuală ca cea de mai sus.

Potrivit art. 14.2 autoritatea contractantă dorește să interzică publicarea de articole referitoare la contract sau referirea la contract în cursul executării altor lucrări pentru terți.

Interdicția impusă furnizorului de a nu face referire la prezentul contract în relațiile cu terții fără acordul prealabil și în scris al autorității contractante este de natură să afecteze participarea furnizorului la alte proceduri de atribuire.

De asemenea și clauza 14.3 este abuzivă fiind de natură să afecteze considerabil activitatea economică a furnizorului, întrucât prevede dreptul achizitorului de a transfera soluțiile tehnice și materialele aferente acestui contract către orice alte terțe părți, fără acordul furnizorului, limitând astfel orice posibilitate a furnizorului de a mai utiliza soluția tehnică respectivă în alte contracte comerciale și conferind dreptul terților de a le utiliza fără nicio limitare.

Contestatoarea consideră că aceste clauze se impun a fi eliminate, întrucât impun restricții disproporționate în sarcina furnizorului.

III.4 Clauza 14.4 și clauza 14.8 privind protecția datelor cu caracter personal

Pentru a permite prelucrarea datelor cu caracter personal în numele Municipiului Sibiu în condiții de deplină legalitate, se impune completarea

acestei clauze cu următoarele scopuri: (i) încheierea/modificarea/încetarea prezentului Contract; (ii) îndeplinirea unor obligații legale care îi revine furnizorului; (iii) apărarea/constatarea sau exercitarea unor drepturi ale Furnizorului.

De asemenea, conform clauzei 14.8: *„Executantul va fi responsabil pentru toate daunele suferite de către Municipiul Sibiu și/sau orice Asociat al acestuia ca urmare a sau în legătură cu neîndeplinirea obligațiilor din contract, de către executant [...]”*.

Se impune clarificarea acestei clauze, în sensul detalierii noțiunii de Asociat și stabilirii entităților care se califică drept asociați ai Municipiului Sibiu.

III.5. Clauza 22.2 și clauza 22.6 privind garanția funcționării autobuzelor coroborate cu prevederile caietului de sarcini

Autoritatea contractantă extinde în mod abuziv garanția funcționării autobuzelor de la 500.000km sau 5 ani și impune obligații suplimentare în sarcina furnizorului peste durata garanției stabilite.

În condițiile în care garanția este stabilită la 500.000 km sau 5 ani, este nejustificată obligarea furnizorului la acordarea unei garanții suplimentare peste acest termen.

Ulterior expirării garanției, furnizorul nu are niciun control asupra modului în care autobuzele vor fi folosite/întreținute de autoritatea contractantă, toate lucrările de mentenanță, precum și cele de reparație, fiind exclusiv în sarcina achizitorului.

De asemenea, furnizorul nu poate fi ținut să răspundă pentru viciile ascunse care se manifestă pe întreaga durată de viață a autobuzelor, consecința acestei clauze fiind faptul că se instituie o garanție nelimitată în sarcina furnizorului. Având în vedere faptul că, ulterior expirării garanției de 500.000 km sau 5 ani, furnizorul nu mai are niciun control asupra modului în care autoritatea contractantă utilizează/respectă instrucțiunile de utilizare și mentenanță a autobuzelor livrate, acesta nu poate răspunde pentru potențiale vicii ce apar pe durata de viață a autovehiculelor.

Această obligație se impune a fi limitată exclusiv la perioada de garanție a autobuzelor sau, în subsidiar, condiționată de respectarea tuturor instrucțiunilor de utilizare/mentenanță/reparație etc. puse la dispoziție de către furnizor.

III.6 Clauzele 29.2-29.4 privind denunțarea unilaterală

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu are dreptul de a înceta contractul prin denunțare unilaterală în ipoteza în care furnizorul ar intra în procedură de reorganizare judiciară, această clauză fiind nulă prin efectul legii.

De asemenea, potrivit clauzei 29.3, contractul încetează: *„prin denunțarea unilaterală a contractului de către achizitor cu o notificare prealabilă în cazul în care furnizorul nu își îndeplinește la timp și în bune condiții oricare dintre obligațiile ce-i revin”*.

Se impune eliminarea acestei clauze, întrucât denunțarea unilaterală nu poate interveni în cazul unei neexecutări a unei obligații contractuale, fiind de esența denunțării lipsa oricărei culpe.

În ceea ce privește clauza 29.4, contestatoarea arată că potrivit acesteia, contractul va înceta: „*Prin denunțarea unilaterală a contractului de către achizitor în cazul apariției unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și cu condiția ca acesta să notifice furnizorul*”.

Se impune modificarea clauzei de denunțare unilaterală în sensul acordării acestui drept autorității contractante doar în ipoteza în care circumstanțele imprevizibile sunt generate de situații de forță majoră, caz fortuit sau motive de interes public consacrate prin acte normative la nivel central.

III.7 Clauza 30 privind forța majoră

Întrucât cazurile de forță majoră au un caracter excepțional și, de cele mai multe ori, notificarea imediată și completă a acestora este dificilă, considerăm oportună modificarea clauzei în sensul notificării celeilalte părți imediat ce această notificare este posibilă, după luarea la cunoștință a evenimentului sau a consecințelor acestuia asupra executării Contractului.

De asemenea, este necesară modificarea clauzei 30.5. Contestatoarea consideră nepotrivită posibilitatea încetării contractului în cazurile în care evenimentul de forță majoră are o durată de 5 zile. Raportat la valoarea contractului, o întârziere de 5 zile este ne semnificativă și nu poate justifica încetarea acestuia.

Contestatoarea consideră că se impune modificarea acestei clauze, în sensul înlocuirii perioadei care ar justifica încetarea contractului din 5 zile în minim 30 zile.

IV. Se impune obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 153 alin. (1) și (2) din Legea 98/2016.

Având în vedere faptul că: (i) măsurile de remediere solicitate a fi adoptate de autoritatea contractantă în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire sunt de natură a modifica semnificativ documentele achiziției, precum și că: (ii) perioada rămasă până la data limită pentru primirea ofertelor este scurtă, respectiv 02.07.2020, se impune obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a perioadei stabilite pentru depunerea ofertelor, cu un termen rezonabil care să permită ofertanților să își adapteze oferta la modificările dispuse la documentația de atribuire.

V. Se impune suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 22 și 23 alin. (1) din Legea 101/2016.

Prin adresa nr. 36611/02.06.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21502/02.06.2020, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea contestației formulată de către SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL, ca fiind prematur formulată.

Referitor la solicitarea contestatorului de la pct. "1. Cerințe din caietul de sarcini care contravin legislației achizițiilor publice", autoritatea contractantă considera că formularea cerinței este clară.

Referitor la pct. "1.1 cerința prevăzută în Secțiunea 1 - Generalități (pag.8) și Secțiunea 5 - Documentație (pag. 13) din caietul de sarcini, autoritatea contractantă precizează că își menține cerința ca autovehiculele oferite să fie omologate cu certificat de omologare națională de tip pentru autovehicule fabricate în serii mici emis de RAR, sau autovehiculele oferite au certificat de omologare de tip CE emis de autoritățile competente în unul din statele membre ale UE, așa cum este specificat în caietul de sarcini, cu obligația înregistrării naționale la RAR de către ofertantul câștigător în termen de maxim 60 de zile de la semnarea contractului.

Referitor la pct. "1.2. cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.1. autoritatea contractantă precizează că proiectul este finanțat din fonduri europene nerambursabile în cadrul Programului Operațional Regional 2014-2020 POR/2017/4/4.1/1, Axa prioritară 4, Prioritatea de investiții 4e, Obiectivul specific 4.1 - Reducerea emisiilor de carbon în municipiile reședință de județ prin investiții bazate pe planurile de mobilitate urbană durabilă, iar conform Ghidului Solicitantului pentru proiectul în cauză a fost elaborat un Studiu de oportunitate realizat de o companie de consultanță care a avut ca obiectiv detalierea tuturor aspectelor tehnice și financiare precum și definirea indicatorilor privind reducerea gazelor cu efect de seră.

În acest context, Studiul de Oportunitate cu toate specificațiile tehnice referitoare la autobuze și echipamentele conexe a fost aprobat de Consiliul local al municipiului Sibiu, precum și de evaluatorii Agenției de Dezvoltare Regională Centru, iar ca urmare a acestui proces municipiul Sibiu a semnat contractul de finanțare pentru fondurile nerambursabile aferente proiectului.

Astfel, autoritatea contractantă menține cerințele tehnice emise de consultant și aprobate.

Autoritatea contractantă precizează că potrivit Regulamentului (UE) nr. 1230/2012 al Comisiei din 12 decembrie 2012, Anexa 1, Partea B în cazul vehiculelor din categoriile M2 și M3 dimensiunile maxime autorizate nu trebuie să depășească o înălțime de 4,00 m, înălțimea propusă în cadrul caietului de sarcini încadrându-se în acest parametru.

Mai mult decât atât, limita superioară a autobuzelor este importantă și din perspectiva echipamentelor și elementelor de arhitectură, cum ar fi amplasarea de stâlpi de iluminat și suporturi de cabluri. Prin limitarea înălțimii maxime a autobuzelor se evită deteriorarea acestor instalații fixe și chiar deteriorarea autobuzelor prin lovirii accidentale de obiectele fixe situate la acea înălțime. cerința este în concordanță inclusiv cu flota

existentă la momentul prezent la operatorul de transport, compusă din mai multe tipuri de autobuze, ale unor producători diferiți, cu o înălțime maximă de 3.23 m.

Nu se poate reține argumentul potrivit căruia autoritatea contractantă, prin includerea limitării înălțimii, restricționează concurența, având în vedere că pe piață sunt numeroși producători autorizați ce dețin în portofoliul lor autobuze cu o înălțime mult sub maximul stabilit prin caietul de sarcini.

Având în vedere faptul că înălțimile acestor autobuze și a altora similare sunt mult sub limita impusă de autoritatea contractantă, este evident că limita maximă nu este una restrictivă, iar modificarea cerinței ar presupune adaptarea specificațiilor tehnice pentru a favoriza un ofertant.

În privința deschiderii libere a ușilor, Regulamentul nr. 107 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU) prevede ca înălțimea minimă a deschiderii libere a ușilor pentru călători poate fi de 1100 mm.

În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la deschiderea liberă a ușilor, aceasta nu poate fi acceptată, întrucât la orele de vârf, cu trafic intens este necesar un spațiu liber cât mai mare pentru urcarea și coborârea călătorilor, fără întâlnirea unor obstacole.

Prin urmare, suprafața liberă de acces între barele de sprijin va fi de minim 1200 mm.

Autoritatea contractantă învederează Decizia CN5C nr. 2781/ C7/ 3213/ 3229/ 3266/ 3275/ 3297/ 3341/ 3389/ 3410/ 3506/ 3522 din data 24.10.2017 .

3. Referitor la pct. "1.3. cerința prevăzută în Secțiunea 6.3.2., autoritatea contractantă înțelege să uzeze aceleași argumente în ceea ce privește critica adusă înălțimii autobuzului și deschiderea liberă a ușilor.

În privința lungimii totale a autobuzelor din gama 18 m, limita maximă admisă de normă europeană este de 18.750 mm, aceasta fiind respectată prin cerința prevăzută în caietul de sarcini, respectiv o dimensiune de 18.200 mm se încadrează în limita maximă recomandată de normele europene.

Luând în considerare Studiul de oportunitate, s-a adăugat o abatere de 200mm, ce este în directă concordanță cu specificul tramei stradale din municipiul Sibiu, accesul în giratoriile cu raza mică de întoarcere, precum și spațiile de garare de la Operatorul Tursib, cerința privind lungimea autobuzului se va păstra conform caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă învederează Decizia CN5C nr.2781/ C7/ 3213/ 3229/ 3266/ 3275/ 3297/ 3341/ 3389/ 3410/ 3506/ 3522 din data:

Un argument suplimentar pentru care nu se poate reține critica contestatoarei este și faptul că pe piață sunt numeroși producători autorizați care dețin în portofoliul lor autobuze cu o lungime ce se încadrează în specificațiile tehnice menționate de autoritatea contractanta, nefiind astfel restricționată concurența.

Pentru toate argumentele invocate, autoritatea contractantă menționează că nu se poate accepta modificarea specificațiilor tehnice cuprinse în caietul de sarcini în sensul celor solicitate de contestatoare.

4. Referitor la pct. I.4. Secțiunea 7.1., autoritatea contractantă precizează că având în vedere diferența de capacitate de transport și greutate între autobuzele de 12 m și cele de 18 m și pentru menținerea caracteristicilor dinamice ale acestora, dar și a parametrilor de fiabilitate și consum redus care au un impact direct în reducerea emisiilor de carbon, indicator de proiect, s-a propus ca atât puterea motorului, cât și caracteristica de cuplu să fie diferite pentru autobuzul de 18 m față de autobuzul de 12 m.

Criticile formulate față de caracteristicile motorului autobuzelor din gama de 18 m, sunt neîntemeiate. Astfel prin caietul de sarcini s-au menționat detalii referitoare la caracteristicile privind puterea nominală și cuplu motor, urmând ca acestea să fie îndeplinite de operatorii economici ofertanți.

Această cerință nu restricționează concurența, ofertantul însuși afirmând că există furnizori capabili să ofere motoare care să îndeplinească caracteristicile solicitate.

În privința cuplului motor, ofertantul solicită modificarea acestei cerințe în conformitate cu produsele pe care acesta le poate furniza, însă tocmai o astfel de modificare ar conduce la încălcarea principiului concurenței.

Având în vedere nerestricționarea și liberul acces la procedura de achiziție, autoritatea contractantă este de acord cu acceptarea unei abateri a puterii nominale și a cuplului motor cu 3% și înlocuirea limitei de 1,200 rpm pentru care se obține cuplul maxim în cazul tipodimensiunii de 18 m cu prevederea „Cuplul motor maxim să se obțină de la turații relativ reduse: între 1000 și 1400 rotații/min”. Restul caracteristicilor tehnice se mențin.

5. Referitor la pct. 7.5. Secțiunea 7.1.3., autoritatea contractantă precizează că din cauza unor restricții constructive pentru stațiile de alimentare cu GNC este necesară menținerea cerinței din caietul de sarcini privind poziționarea valvei de alimentare pe partea stângă. Se acceptă și soluțiile tehnice cu două valve de alimentare, atât pe partea stângă, cât și pe partea dreaptă.

6. Referitor la pct. 1.6. Secțiunea 7.4., autoritatea contractantă menționează dispozițiile art. 8 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare în cadrul etapei de planificare/pregătire autoritatea contractantă a analizat în detaliu necesitățile acestora în ansamblul lor, cât și aspectele de ordin tehnic care pot conduce la îndeplinirea acestora.

Contestatorul invocă atât cerință imposibilă, cât și cerință excesivă, mențiune contradictorie cu imposibilitatea de executare, fără o justificare tehnică a oricăreia dintre afirmații, cerința tehnică se menține conform caietului de sarcini, având în vedere faptul că din analiza de piață a rezultat că purjarea manuală și automată este posibilă.

7. Referitor la pct. "1.7. Secțiunea 7.5, autoritatea contractantă menționează că distribuirea maselor în cazul autobuzelor cu dimensiunea de 18 m, în care partea frontală dispune de 2 axe iar remorca de o axă, face astfel încât dotarea axei mediane să nu necesite soluții speciale sau complexe ale suspensiei.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă accepta pentru axa mediană și varianta constructivă formată din 4 perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare) și 4 amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă.

8. Referitor la pct. 1.8. Secțiunea 7.10, autoritatea contractantă precizează că având în vedere procesele tehnologice de aplicare în mod unitar și integral a operațiunilor de protecție anticorozivă, este în mod clar evident că procesul de aplicare unitară este net superior soluțiilor ce implică zincarea la cald a elementelor din structura caroseriei în mod separat, în condițiile date, se mențin cerințele din caietul de sarcini. Zincarea la cald a elementelor din structura caroseriei în mod separat nu asigură garanții față de protecția anticorozivă pe aceeași durată de timp, respectiv pe întreaga durată de viață a caroseriei, întrucât nu asigură protecția îmbinărilor, ceea ce conduce la apariția rapidă a ruginii la acestea, iar cu apariția primelor zone de coroziune, protecția realizată își pierde mai repede din eficiență.

Galvanizarea la cald nu este permisă ca operațiune anticorozivă întrucât rezistența acestei proceduri la coroziune este mai mică.

9. Referitor la pct. 1.9. Secțiunea 7.14, autoritatea contractantă precizează că dimensiunea și dispunerea scaunelor va asigura respectarea normelor internaționale și europene în vigoare respectiv Regulamentul CEE-ONU nr. 107.

Menționarea Regulamentului CEE-ONU nr. 80 s-a realizat din eroare materială.

10. Referitor la pct. 1.10. Secțiunea 7.20, autoritatea contractantă precizează că în ceea ce privește sistemul de climatizare se va aplica cerință privind respectarea Regulamentului nr. 122 al Comisiei Economice pentru Europa din cadrul Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU) — Specificații tehnice uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M, N și O în ceea ce privește sistemele de încălzire ale acestora.

Menționarea Regulamentului CEE-ONU nr. 121 s-a realizat din eroare materială.

11. Referitor la pct. 1.11. Secțiunea 7.23, autoritatea contractantă precizează că cerință a fost redactată în conformitate cu beneficiile practice pe care derularea acestui proiect le va genera.

Faptul existenței pe piață și a altor metode de protecție suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice, nu înseamnă că acestea ar conduce la îndeplinirea proiectului astfel cum a fost conceput de către consultantul studiului de oportunitate respectiv autoritatea contractantă.

Alegerea între mai multe astfel de metode este atributul exclusiv al autorității contractante, iar față de acest aspect ofertantul nu poate contraargumenta.

12. Referitor la pct. 1.12. Secțiunea 13, autoritatea contractantă precizează că serviciul de transport public este un serviciu care trebuie să asigure o funcționare pentru populație atât în zilele lucrătoare, cât și în zilele libere (inclusiv sâmbătă, duminică și sărbătorile legale).

Beneficiarii acestui proiect, respectiv cetățenii nu pot fi privați de transportul public urban în cazul în care termenul de remediere ar interveni într-o zi nelucrătoare, drept urmare cerințele din caietul de sarcini privind penalizările și modurile de rezolvare a defecțiunilor se vor menține.

13. Referitor la pct. "1.13. Secțiunea 13 și 14 din caietul de sarcini, cu privire la stocul de materiale și personalul utilizatorului care va realiza întreținerea, autoritatea contractantă menționează următoarele:

Referitor la întrebarea: Cine este responsabil de crearea stocurilor menționate pentru fiecare tip de mentenanță - zilnică/ planificată; dacă furnizorul, atunci acest lucru ar trebui specificat în mod clar, autoritatea contractantă precizează că stocurile pentru mentenanță vor fi asigurate de către furnizor la sediul utilizatorului.

Referitor la întrebarea: Când se creează fiecare stoc și care e procedura aferentă, autoritatea contractantă precizează că modalitatea de organizare a stocurilor este definită de către furnizor. Acesta va trebui să asigure un flux logistic optim pentru îndeplinirea cerințelor legate de intervențiile rapide în perioada de garanție.

Referitor la întrebarea: Cine are răspunderea organizării stocului (cine pune la dispoziție locația, rafturile, forța de muncă aferentă organizării stocurilor, etc), autoritatea contractantă precizează că stocurile vor fi organizate în locația utilizatorului, de către acesta.

Referitor la întrebarea: Ce materiale trebuie incluse - decizia aparține furnizorului sau autoritatea contractantă pune la dispoziție o listă completă a acestora, autoritatea contractantă precizează că furnizorul are sarcina de a defini o listă de materiale/echipamente necesare în perioada de garanție, în funcție de rata de defectare specifică echipamentelor și subansamblelor autobuzelor pe care le propune în prezenta procedură de achiziție.

Referitor la întrebarea: Lista de materiale trebuie inclusă în ofertă sau trebuie pusă la dispoziție ulterior (ar trebui specificat cand) Se solicită cantități minime de materiale, autoritatea contractantă precizează că lista de materiale trebuie inclusă în oferta inițială. Cantitățile minime de materiale sunt definite de către furnizori ținând cont de probabilitatea de defectare a acestora și de îndeplinirea cerințelor legate de intervențiile rapide în perioada de garanție.

Referitor la întrebarea: Dacă stocul minim va sta la utilizatorul autobuzelor, cine va prelua răspunderea pentru paza și buna gestiune a stocului, autoritatea contractantă precizează că utilizatorul preia în gestiune stocurile constituite, răspunzând de paza și buna gestiune a stocului.

Referitor la întrebarea: Dacă este posibilă realizarea stocului la o unitate sub răspunderea furnizorului din România - urmând ca elementele

necesare să fie puse la dispoziție utilizatorului pe bază de comandă, prin curier, autoritatea contractantă precizează că stocurile minime se vor realiza la utilizator, conform cerinței.

Referitor la întrebarea; Care e procedura prin care se verifică/se notifică situația stocului, astfel încât să se asigure disponibilitatea materialelor, autoritatea contractantă precizează că notificarea diminuării stocurilor gestionate de către utilizator sub un minim stabilit de către furnizor (pentru fiecare element în parte) va fi transmisă în termen de maxim 24 de ore de către utilizator prin modalitățile agreeate de ambele părți la constituirea acestora.

Referitor la întrebarea: Cât timp trebuie menținut acest stoc, doar pe perioada de garanție a autobuzelor sau și ulterior și, în ultimă ipoteză, în ce condiții, autoritatea contractantă precizează că pe perioada de garanție stocul trebuie menținut astfel încât să poată fi îndeplinite cerințele legate de intervențiile rapide.

Referitor la întrebarea: Cum se suportă costul materialelor ce se includ în acest stoc, respectiv, (i) costurile se includ în ofertă sau (ii) în ofertă se include o listă de materiale cu costurile aferente care vor fi ulterior achitate de autoritate pe măsura ce materialele sunt incluse în stoc, autoritatea contractantă precizează că costurile aferente materialelor consumabile nu fac parte din prezenta ofertă.

Referitor la întrebarea: Dacă costurile cu manopera aferentă personalului utilizatorului care realizează întreținerea (atât conform 14.1 cât și conform 14.2 din caietul de sarcini), trebuie suportat de furnizor, autoritatea contractantă precizează că potrivit art. 14.1 „Manopera va fi executată de personalul utilizatorului, pe cheltuiala utilizatorului”.

14. Referitor la pct. 1.14, Secțiunea 16 din caietul de sarcini - Defecțiuni sistematice și vicii ascunse, cu privire la perioada în raport cu care se determina condițiile viciului material, autoritatea contractantă precizează că fundamentul garanției pentru vicii nu este o lipsă subiectivă a vânzătorului, ci un fapt obiectiv dedus din caracterul sinalagmatic al vânzării, ceea ce face ca prețul plătit de cumpărător să rămână fără cauză atunci când apare o deficiență care face bunul impropriu utilizării sale normale.

Obligația de garanție nu poate fi limitată la perioada de garanție, în condițiile în care durata de viață a produselor furnizate este mai mare decât perioada de garanție. Furnizorul prin oferta depusă își asumă faptul că autobuzele furnizate de acesta au o anumită durată de viață, iar această obligație trebuie respectată.

Autoritatea mai arată ca viciile ascunse nu includ răspunderea pentru defecțiuni datorate întreținerii sau utilizării necorespunzătoare, astfel că ofertantul va fi ținut să răspundă pentru acele deteriorări datorate unei calități necorespunzătoare a produselor, care nu au putut fi identificate la recepționarea acestuia. De asemenea, menționează că prevederea din caietul de sarcini se referă la defectarea prin rupere, spargere sau uzură anormală, nu la alt tip de defecțiuni tehnice care pot interveni în funcție de condițiile de întreținere.

Potrivit prevederilor codului civil, viciile trebuie să îndeplinească trei condiții pentru a atrage răspunderea vânzătorului: să fie ascuns, respectiv nu putea fi descoperit la data vânzării de către un cumpărător prudent și diligent, să fi existat în momentul predării lucrului și să fie grav, respectiv să fie impropriu utilizării sau să micșoreze valoarea de întrebuințare.

15. Referitor la pct. 1.15. Secțiunea 15.3, autoritatea contractantă precizează că, clauza a fost prevăzută pentru asigurarea predictibilității costurilor ulterioare pentru reparații care nu fac obiectul garanției, însă acceptă clarificarea formulată și este de acord cu integrarea prevederii solicitate.

Astfel, în secțiunea 15.3 se înlocuiește sintagma „Acele preturi vor fi valabile pe toată perioada de garanție a autobuzelor,” cu sintagma „Preturile se vor indexa anual pe baza indicelui de creștere a preturilor industriale publicate de Institutul National de Statistică”.

Referitor la solicitarea de la pct. "II. Cerințe din fisa de date care contravin legislației achizițiilor publice", conform căreia "se impune a fi clarificată „cerința din fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a), privind experiența similară, autoritatea contractantă consideră ca formularea cerinței este clară. Astfel:

Autoritatea contractantă, prin formularea „furnizarea de mijloace de transport în comun/de călători” nu a impus nici tipul de motorizare, nici modelul/Categoria de mijloc de transport, singura cerință fiind ca mijloacele de transport reprezentând experiența similară, să fie "în comun/de călători."

Autoritatea contractantă nu consideră că se impune nicio modificare/completare a cerinței de calificare, aceasta fiind clar formulată și nefiind de natura să restricționeze participarea la procedura de achiziție.

1. Referitor la solicitarea de la pct. III. 1. Clauza 12.1 autoritatea contractantă precizează că sub aspectul motivelor care să justifice declararea rezilierii contractului prezintă importanță executarea la timp a acestora, nerespectarea termenelor echivalând cu lipsa executării integrale a contractului. Or, potrivit art. 1516 alin. (1) Cod civil „Creditorul are dreptul la îndeplinirea Integrală, exactă și la timp a obligației”.

Astfel, nerespectarea termenelor contractuale echivalează cu o neexecutare semnificativă a contractului de natură să justifice rezilierea acestuia.

De altfel, în ipoteza în care furnizorul nu se poate încadra în termenii contractuali pentru motive care ar putea fi independente de voința acestuia, contractul oferă posibilitatea de prelungire a acestora, sens în care clauza 26.2 dispune: *„Dacă pe parcursul îndeplinirii contractului, furnizorul nu respectă termenul prevăzut la art. 6.1, atesta are obligația de a notifica, în timp util achizitorului, modificarea datei/perioadelor de furnizare se face cu acordul părților, prin act adițional.”* Prin urmare, autoritatea contractantă nu consideră clauza 12.1 ca fiind „excesivă și disproporționată”.

Autoritatea contractantă învederează Decizia CNSC nr. 64/C7/3596/14.01.2019.

2. Referitor la pct. "III. 2 Clauza 12.4. privind daunele interese" autoritatea contractantă menționează că motivat de necesitatea de a determina părțile să își îndeplinească obligațiile prevăzute în contractul de achiziție publică și pentru respectarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, în draft-ul de contract a fost introdusă o clauză de natură să asigure recuperarea prejudiciului cauzat autorității contractante în ipoteza în care a intervenit rezilierea contractului din culpa furnizorului, Potrivit art. 1538 alin. (1) Cod civil, „Clauza penală este aceea prin care părțile stipulează că debitorul se obligă la o anumită prestație în cazul neexecutării obligației principale.”

Totodată, conform art. 1538 alin. (4) Cod civil „Creditorul poate cere executarea clauzei penale fără a fi ținut să dovedească vreun prejudiciu.”

Autoritatea contractantă învederează Decizia nr. 64/C7/3596/14.01.2019.

Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia „atribuirea produselor rămase de livrat printr-o nouă procedură ar rămâne în acest caz la discreția absolută a autorității contractante, aceasta fiind singura în măsură să decidă și chiar să influențeze pe parcurs durata procedurii de atribuire în vedere perceperii daunelor interese. Aceasta poate decide asupra procedurii de atribuire aplicată, durata termenelor din cadrul procedurii, durata evaluării ofertelor,, aceasta este nefondată, pe de o parte având în vedere faptul ca interesul primar al autorității contractante este obținerea rezultatelor contractului în cel mai scurt timp, inclusiv pentru respectarea clauzelor contractuale asumate prin contractul de finanțare, iar pe de altă parte tipul sau termenele aferente procedurilor de achiziții nu sunt la discreția autorității contractante, ci sunt reglementare prin legislația privind achizițiile publice, care prevăd inclusive termenele maxime pentru finalizarea procedurilor de achiziții.

3. Referitor la pct. "III. 3 Clauza 14.1-14.3 privind drepturile de proprietate Intelectuala"

3.1. Referitor la clauza 14.1, autoritatea contractantă precizează că aceasta se referă la „documente sau materiale elaborate ori compilate de către executant sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea prezentului contract”, respectiv la baze de date, aplicație de mobilitate, machetele grafice de personalizare a autobuzelor, și nu se referă la livrabile/documente standardizate, elaborate fără legătură directă cu executarea contractului, spre exemplu: manuale de utilizare, cărți tehnice etc.

Autoritatea contractantă consideră clauza justă, oportună și necesară, iar solicitarea contestatarului nefondată.

3.2. Referitor la clauza 14.2 autoritatea contractantă precizează că aceasta nu este de natură a aduce atingere dreptului de acces la dosarul achiziției și nici de a utiliza contractul pentru dovedirea experienței similare în cadrul altor proceduri de achiziție publică, ci de a evita acele situații în care furnizorul s-ar folosi într-un mod dezavantajos pentru autoritatea contractantă de contract și lucrările efectuate în cadrul acestora, motiv

pentru care eliminarea acesteia din contract nu este întemeiată, reprezentând un mijloc de protecție al autorității contractante.

Această clauză are și scopul de a proteja divulgarea informațiilor la care furnizorul are acces în baza contractului și nu înlătură dreptul acestuia de a utiliza datele cu caracter public, precum datele generale ale contractului sau cele rezultate din dosarul achiziției, în scopul utilizării acestora în cadrul altor proceduri de achiziție publică.

3.3. Referitor la clauza 14.3 autoritatea contractantă precizează că Aceasta derivă din clauza 14.1 și se referă doar la acele produse și servicii realizate / personalizate exclusiv pentru municipiul Sibiu și nu afectează activitatea economică a Furnizorului prin încălcarea dreptului de a transfera soluțiile tehnice și materiale către alte terțe părți, conform mențiunilor de la art. 14.1.

4. Referitor la pct. III. 4 Clauza 14.4 și 14.8 privind protecția datelor cu caracter personal"

4.1. Referitor la clauza 14.4 autoritatea contractantă precizează că aceasta are un conținut clar și elocvent în sensul că, în situația în care Furnizorul, în scopul îndeplinirii obligațiilor contractuale, indiferent de etapa sau modalitatea sau obligația legală/contractuală, obține date cu caracter personal, acestea vor rămâne în proprietatea municipiului Sibiu. Pe cale de consecință, autoritatea contractantă nu consideră necesară și justificată completarea clauzei, care ar conduce la limitarea situațiilor de obținere a datelor cu caracter personal în vederea executării corespunzătoare a contractului,

4.2. Referitor la clauza 14.8 autoritatea contractantă precizează că termenul de asociat cuprinde persoanele fizice ale căror date cu caracter personal devin publice sau sunt utilizate de furnizor cu încălcarea legislației în materia protecției datelor cu caracter personal. De asemenea autoritatea contractantă menționează faptul că clauzele 14.4 și 14.8 sunt cuprinzătoare, clare și conforme cu legislația în materia protecției datelor cu caracter personal și nu se impun modificări sau precizări suplimentare.

5. Referitor la pct. "III. 5 Clauza 22.2 și clauza 22.6 privind garanția funcționării autobuzelor coroborate cu prevederile caietului de sarcini"

a. Clauza 22.2 și clauza 22.6 autoritatea contractantă precizează că interpretarea acestor prevederi ca reprezentând o garanție suplimentară pe perioada duratei de viață a autobuzelor este nejustificată. Singura răspundere a furnizorului, în afara perioadei de garanție este pentru viciile ascunse ale bunurilor, în condițiile prevederilor codului civil și contractului de furnizare.

6. Referitor la pct. "III. 6 Clauzele 29.2-29.4 privind denunțarea unilaterală"

a. Referitor la clauza 29.2 autoritatea contractantă precizează că aceasta a fost prevăzută pentru asigurarea protecției autorității contractante, pentru situația existenței unor motive întemeiate de a considera că furnizorul este în imposibilitatea de a executa contractul. Clauza are scopul exclusiv de a proteja interesul public direct al locuitorilor

municipiului, autoritatea contractantă putând stabili clauze în acest scop. În acest sens este și jurisprudența Consiliului, conform Deciziei nr. 64/C7/3596/14.01.2019.

b. Referitor la clauza 29.3 autoritatea contractantă precizează că aceasta este instituită în scopul direct și nemijlocit al protejării interesului public. Denunțarea nu este nici în acest caz discreționară, nu este generică, acoperind orice situație neprevăzută, ci operează în situația concretă în care furnizorul nu își îndeplinește obligațiile din culpa sa.

Autoritatea contractantă urmărește să încheie contractul cu un operator capabil să îndeplinească cerințele asumate.

c. Referitor la clauza 29.4 autoritatea contractantă precizează că, clauza are în vedere acele evenimente care nu circumscriu forței majore reglementată prin clauza 30 din contract, dar care sunt de natură să afecteze: executarea contractului, ceea ce nu este însă în interesul autorității contractante, aceasta având posibilitatea să pună capăt unei relații contractuale neavantajoase.

Autoritatea contractantă nu este de acord cu modificarea clauzei 29.4.

7. Referitor la pct. III. 7 Clauza 30 privind forța majoră, autoritatea contractantă precizează că clauza 2 pct. i din contract definește forța majoră ca fiind acel eveniment mai presus de controlul părților, care nu se datorează culpei acestora, care nu putea fi prevăzut la momentul încheierii contractului și care face imposibilă executarea, respectiv îndeplinirea contractului, fiind enumerate cu titlu exemplificativ evenimente care se circumscriu acestei cauze exoneratoare de răspundere. Notificarea imediată a producerii evenimentului reprezintă expresia executării diligente a prevederilor contractuale și nu poate fi lăsată la aprecierea subiectivă a niciuneia dintre părți.

Clauza 30.5 trebuie privită ca o facultate a partenerilor contractuali, termenul considerat a acționa forța majoră fiind proporțional cu durata contractului. Prin urmare nu este de acord cu modificarea Clauzelor 30.4. și 30.5.

Referitor la solicitarea contestatorului de la pct. "IV. autoritatea contractantă precizează următoarele :

- autoritatea contractanta a stabilit perioada de depunere a ofertelor ținând cont de complexitatea contractului și de cerințele specifice și astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor;

- perioada cuprinsa între data publicării anunțului de participare (15.05.2020) și data limita de depunere a ofertelor (02.07.2020) este de 47 de zile.

- mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu consideră că informațiile furnizate în prezentul punct de vedere, nu sunt de natura a modifica semnificativ documentația de atribuire.

Prin urmare, autoritatea contractanta nu este de acord cu prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră prezenta contestație prematur formulată, întrucât Legea nr. 98/2016 oferă operatorilor economici modalități specifice de clarificare/completare/corectare a documentației de atribuire, observațiile formulate de contestator fiind de natura clarificărilor și nu constituie încălcări ale legislației achizițiilor publice.

Prin adresa fără număr, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22570/10.06.2020, SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL a transmis note scrise, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

1. Referitor la secțiunea 7.1, contestatoarea menționează că prin răspunsul autorității contractante, aceasta este de acord cu acceptarea unei abateri a puterii nominale și a cuplului motor cu 3% și înlocuirea limitei de 1.200 rpm pentru care se obține cuplul maxim în cazul tipodimensiunii de 18 m cu prevederea „Cuplul motor maxim să se obțină de la turații relativ reduse: între 1000 și 1400 rotații/min”.

Contestatoarea înțelege că autoritatea contractantă a fost de acord cu admiterea unor toleranțe, astfel cum a solicitat, abaterea de 3% fiind permisă atât pentru puterea nominală, cât și pentru cuplul motor.

Contestatoarea consideră important ca specificațiile tehnice să fie modificate astfel încât să prevadă exact limitele de valori permise pentru motorul tipodimensiunii de 18m, atât pentru puterea nominală cât și pentru cuplului motor, respectiv, (după aplicarea toleranțelor de 3% și ținând cont de marjele indicate de autoritate pentru limitele admise pentru cuplul motor):

- Puterea nominală: min. 232.8 kW la max. 2.500 rpm;
- Cuplu motor: min. 1.261 Nm la max. 1.000 - 1.400 rpm."

2. Referitor la secțiunea 7.10 - Caroseria din caietul de sarcini, contestatoarea menționează că prin răspunsul său, autoritatea contractantă se opune solicitărilor sale arătând, pe de o parte, că zincarea la cald a elementelor în mod separat nu asigură garanții față de protecția de anticorozivă pe aceeași durată de timp, respectiv pe întreaga durată de viață a caroseriei, iar pe de altă parte se opune utilizării galvanizării la cald, motivând că rezistența acestei proceduri la coroziune este mai mică.

Argumentele prezentate de autoritatea contractantă nu sunt de natură să conducă la concluzia reținută prin punctul de vedere, că zincarea la cald a elementelor de caroserie, în mod separat, „nu asigură protecția îmbinărilor, ceea ce conduce la apariția rapidă a ruginei, iar odată cu apariția primelor zone de coroziune, protecția realizată își pierde mai repede din eficiență”.

În primul rând, contestatoarea menționează că nu a solicitat modificarea perioadei de garanției, ci, dimpotrivă, a declarat că va respecta întrutotul această cerință, pe care și-o asumă în integralitate.

În al doilea rând, procedura utilizată de către contestatoare a fost acceptată în numeroase proceduri de achiziție publică.

Astfel, prin solicitarea de clarificări față de cerințele din caietul de sarcini, contestatoarea a solicitat autorității contractante să accepte și alte

metode de protecție a caroseriei împotriva coroziunii, precum galvanizarea la cald (Hot Deep Galvanized), care nu prezintă diferențe la temperaturi foarte joase (sub -40 grade Celsius) și la temperaturi foarte înalte (peste 65 grade Celsius) și ar putea oferi o protecție împotriva coroziunii de 15 ani.

Autoritatea contractantă a acceptat modificările, astfel cum rezultă din răspunsul la solicitările de clarificări nr. 61406/7245 din 03.10.2019.

Contestatoarea menționează că deși autobuzele Otokar au trecut de filtrul autorităților contractante inclusiv sub aspectul procedurilor de protecție anticorozivă, Municipiul Sibiu susține că soluțiile tehnice utilizate nu sunt apte să ofere garanțiile cerute.

De asemenea contestatoarea menționează că este unul dintre cei mai importanți producători de vehicule militare (peste 35.000 de vehicule militare produse de Otokar sunt utilizate în prezent în peste 35 de state - <https://www.otokar.com.tr/defense-industry>), acestea având și caracteristici de tip amfibian, ceea ce presupune utilizarea lor în condiții extreme, inclusiv sub aspectul condițiilor climatice. Aceeași tehnologie de protecție anticorozivă este utilizată și în cadrul vehiculelor militare (inclusiv tancuri).

Contestatoarea consideră că cerința criticată este excesivă și nejustificată, având efectul de a restrânge competiția.

3. Referitor la secțiunea 16 din caietul de sarcini, contestatoarea își menține integral poziția prezentată în cadrul contestației.

Cu titlu prealabil, contestatoarea consideră că se impun câteva precizări referitoare la distincția dintre cele 3 noțiuni: viciu ascuns, defecte sistematice și vicii de material.

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 1707 C. civ.

Pentru mai multă claritate, autoritatea contractantă susține că prevederea din caietul de sarcini nu se referă la defecțiuni tehnice care pot interveni în condiții de întreținere normală, astfel încât consideră justificată atragerea răspunderii furnizorului pentru aceste defecte pe toată durata de funcționare a agregatelor/subansamblelor.

Astfel, nu poate fi reținut punctul de vedere al autorității contractante care susține că aceste defecte/vicii de material nu pot interveni în funcție de condițiile de întreținere.

Același raționament este aplicabil și defecțiunilor sistematice - o avarie sau o uzură anormală la mai mult de 50% din autobuze se poate datora atât culpei furnizorului, cât și culpei autorității contractante.

Astfel, răspunderea furnizorului pentru defecțiunile sistematice și viciile de material se impune a fi limitată exclusiv la perioada de garanție a autobuzului, perioadă în care furnizorul își asumă remedierea și are control asupra modului în care se realizează mentenanța.

În ceea ce privește viciile ascunse ale autobuzelor/subansamblelor, limitarea răspunderii la durata de garanție acordată de către furnizor solicitată prin contestație, se impune a fi admisă având în vedere:

- dispozițiile art. 2531 C. civ.
- secțiunea 18 din caietul de sarcini recepția la livrare.

4. Referitor la prevederile contestate ale contractului, contestatoarea își menține integral argumentele prezentate. Suplimentar, față de argumentele prezentate de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere, contestatoarea precizează următoarele:

4.1 În ceea ce privește clauza 12.1 privind penalitățile de întârziere, contestatoarea deși este de acord cu autoritatea contractantă menționează că, potrivit art. 1551 Codul civil, nu orice nerespectare a acestora îndreptățește cealaltă parte să înceteze contractul.

Rezilierea poate interveni doar în cazul unei neexecutări semnificative. Or, acumularea de penalități de întârziere pentru o perioadă mai mare de 30 zile nu poate fi considerată o neexecutare semnificativă care să ducă la rezilierea de drept a unui contract de asemenea valoare și anvergură, în special în condițiile actuale de piață în care anumite întârzieri nu pot fi evitate din cauza restricțiilor impuse la nivel național și internațional din cauza pandemiei de COVID-19.

De asemenea, contestatoarea consideră că sancțiunea aplicării penalităților de întârziere de 2%/zi de întârziere din valoarea obligațiilor neexecutate este o sancțiune suficientă pentru acoperirea prejudiciilor ce ar putea fi cauzate autorității contractante prin întârziere, cuantumul penalităților fiind unul semnificativ raportat la practica în materie contractuală.

4.2 Cu privire la clauza 12.4 privind daunele interese în caz de reziliere, contestatoarea arată că autoritatea contractantă motivează necesitatea perceperii de daune interese sub forma penalităților de întârziere calculate până la atribuirea produselor rămase de livrat, prin necesitatea de a determina părțile să își îndeplinească obligațiile prevăzute în contract.

Cu titlu prealabil, contestatoarea arată că îndeplinirea obligațiilor contractuale de către părți este un deziderat comun al ambelor părți în vederea unei cooperări cât mai eficiente și atingerii scopului comercial pentru care s-a încheiat contractul.

Scopul oricărui ofertant este acela de a-și îndeplini corespunzător obligațiile asumate; în caz contrar acesta este ținut să suporte oricum pierderi semnificative generate de refuzul oricărei plăți, penalități de întârziere și alte prejudicii suportate de autoritatea contractantă. Or, niciun operator economic nu încheie un contract pentru a suporta penalități, ci pentru a realiza un profit. Astfel, autoritatea contractantă are la dispoziție remedii contractuale puternice pentru a sancționa culpa furnizorului. Introducerea unei clauze penale suplimentare prin care furnizorul ar suporta daune interese în cuantum de 2% pe zi de întârziere până la o nouă atribuire este abuzivă și disproporționată.

Mai mult, este lipsită de orice previzibilitate asupra prejudiciului pe care l-ar putea suporta furnizorul, fiind astfel pasibilă de reducere, fiind vădit excesivă față de ceea ce părțile ar fi putut prevedea la încheierea contractului.

Această clauză nu poate fi justificată nici din perspectiva clauzelor exorbitante permise în anumite cazuri. Introducerea de clauze exorbitante

trebuie întotdeauna să fie proporțională cu interesul legitim protejat prin aceasta; acestea nu pot produce efecte peste ceea ce este absolut necesar pentru realizarea interesului public prefigurat. Or, autoritatea contractantă are la dispoziție suficiente remedii contractuale pentru a sancționa culpa furnizorului.

Astfel, această clauză este abuzivă, disproporționată și în total dezacord cu practica unitară consacrată de ANAP, dar și de celelalte autorități contractante în materie de contracte de achiziție publică.

4.3 Referitor la clauzele 14.1-14.3 privind drepturile de proprietate intelectuală, contestatoarea arată că aceste clauze sunt abuzive pentru următoarele motive:

- Astfel cum sunt formulate clauzele contractuale momentan, autoritatea contractantă dorește să dețină drepturile de proprietate și de proprietate intelectuală asupra oricăror documente sau materiale elaborate/compilate de executant în executarea contractului.

De asemenea, interpretarea autorității contractante privind clauza 14.1 din punctul de vedere este limitativă și contradictorie. Clauza 14.1 se referă la orice documente sau materiale elaborate sau compilate de client în execuția contractului (executare care se poate face în mod direct sau indirect), astfel încât, aceste documente/materiale pot include și manualele de utilizare/cărți tehnice, etc. Contrar argumentelor autorității contractante, clauza din contract este disproporționată.

- Nu există niciun motiv pentru care autoritatea contractantă să beneficieze de dreptul de proprietate asupra documentelor și materialelor elaborate de client în executarea contractului din moment ce astfel de documente/materiale care, purtătoare sau nu de drepturi de proprietate intelectuală, sunt dezvoltate prin creația exclusivă a furnizorului.

- Personalizarea autobuzelor pentru Municipiul Sibiu despre care autoritatea contractantă face vorbire în punctul de vedere, nu necesită cesiunea tuturor documentelor și materialelor create de furnizor și a drepturilor de proprietate intelectuală aferente.

- Pe de altă parte, având în vedere prevederile Legii nr. 8/1996 care la art. 42 alin. (1) reglementează condițiile imperative ale unui contract de cesiune de drepturi patrimoniale de autor, rezultă că prevederile contractuale 14.1-14.3 sunt lovite de nulitate relativă în sensul că acordul de cesiune de drepturi patrimoniale de autor între furnizor și achizitor nu cuprinde în mod expres care sunt aceste drepturi patrimoniale de autor, modalitățile de utilizare ale acestora, durata și întinderea cesiunii.

- În ceea ce privește clauza 14.2, contestatoarea arată că argumentele aduse de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nu sunt susținute de textul clauzei. Clauza 14.2 care are un caracter general, restricționează dreptul clientului de publicare și divulgare, inclusiv în cazul în care o astfel de publicare/divulgare este necesară, de exemplu, pentru a participa la alte proceduri de achiziție publică.

- Aceleași considerente sunt aplicabile și pentru clauza 14.3.

Astfel, pentru toate motivele prezentate, contestatoarea își menține punctul de vedere prezentat în contestație și solicitarea de a elimina clauzele 14.1-14.3 întrucât acestea impun restricții nejustificate și disproporționate în sarcina furnizorului. În subsidiar, în măsura în care se apreciază necesitatea reglementării drepturilor de proprietate intelectuală în contract, contestatoarea consideră că o soluție echitabilă ar fi acordarea unei licențe neexclusive de utilizare a materialelor și rezultatelor strict necesare pentru executarea Contractului.

4.4 Referitor la clauza 14.4 și clauza 14.8, contestatoarea arată că prin contestație nu au fost ridicate obiecțiuni cu privire la faptul că datele obținute de furnizor de la Municipiul Sibiu ar fi sau nu în proprietatea acestuia.

Contestatoarea a solicitat doar completarea scopurilor prelucrării acelor date cu caracter personal, raportat la faptul că prin clauza 14.4 teza a II-a se menționează că executantul are dreptul de a prelucra respectivele date doar "cu scopul îndeplinirii îndatoririlor sale din cadrul contractului sau al dispoziției de lucrări/ alte acte juridice".

Contestatoarea a solicitat modificarea art. 14.4. tocmai pentru a avea acoperite aceste realități practice raportat la limitările stabilite prin contract privind scopurile în care operatorul poate folosi aceste date.

Față de clarificarea adusă art. 14.8 referitoare la noțiunea de "Asociat", contestatoarea consideră că se impune o modificare corespunzătoare a acestui termen în cuprinsul contractului, pentru evitarea ambiguităților, având în vedere că termenul folosit de "Asociat" nu reflectă corespunzător noțiunea avută în vedere de autoritatea contractantă, astfel cum aceasta este menționată în punctul de vedere.

4.5 Referitor la clauza 30.4 și 30.5 privind forța majoră, contestatoarea arată că își menține solicitarea de modificare a clauzei 30.4 în sensul excluderii notificării imediate și includerii obligației de a notifica cealaltă parte imediat ce această notificare este posibilă, după luarea la cunoștință a evenimentului sau a consecințelor acestuia asupra executării contractului.

De asemenea contestatoarea își menține solicitarea de a modifica durata forței majore care ar justifica încetarea contractului (din 5 zile în 30 zile). Autoritatea susține în mod nejustificat că termenul de 5 zile este proporțional cu durata contractului. O împiedicare de a executa contractul timp de 5 zile, în condițiile în care durata contractului este de 12 luni, iar valoarea estimată a acestuia de 64.947.495 RON este neproporțională și contrară interesului public.

Astfel, contestatoarea solicită modificare clauzei în sensul includerii unui termen de 30 zile (care este justificat raportat la evenimentele recente cauzate de pandemia de COVID-19) și, în subsidiar, alinierea clauzei la documentația standard ANAP.

Referitor la necesitatea prelungirii perioadei de depunere a ofertelor, contestatoarea menționează că refuzul autorității contractante este disproporționat în raport de complexitatea cauzei și prejudiciul grav cauzat contestatoarei, dar și oricărui alt ofertant în această procedură care, în

ipoteza unei soluții a CNSC favorabile, ar fi în imposibilitate obiectivă de a pregăti și depune oferta până la data de 02.07.2020.

Or, câtă vreme nu putem cunoaște la acest moment soluția Consiliului, în funcție de care contestatoarea (dar și orice alt operator interesat) va lua decizia de a participa sau nu la procedura, demararea unei proceduri atât de ample ca pregătirea unei oferte care este posibil a nu fi depusă, este excesivă și vădit păgubitoare.

Pe de altă parte, în măsura în care criticile Otokar ar fi admise de către CNSC, dar timpul efectiv de pregătire a ofertei ar fi insuficient, o eventuală soluție favorabilă contestatoarei ar deveni lipsită de eficiență practică, întrucât oricum Otokar, dar în egală măsură și orice alți operatori economici interesați, s-ar afla în imposibilitatea depunerii ofertei.

Prin adresa nr. 208/05.06.2020, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestărilor cu nr. 22660/10.06.2020, SC BMC TRUCK & BUS SA a transmis cerere de intervenție voluntară în dosarul nr. 1004/2020, solicitând Consiliului admiterea ei și, pe cale de consecință, admiterea contestației SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL cu referire la pct. I.4. Secțiunea 7.1 în sensul obligării autorității contractante de a dispune măsuri de remediere.

Intervenientul menționează că numai o singură marcă de motor se încadrează în limitele restrictive de putere nominală și cuplu motor impuse în caietul de sarcini pentru autobuzele de tipodimensiunea de 18 m, respectiv motorul marca Iveco , indiferent că se va folosi, *motorul marca Iveco* și numai 2 producători de autobuze folosesc pentru tipul de autobuze ce se dorește a fi achiziționat de autoritatea contractanta motorul marca IVECO, respectiv Iveco și Karsan.

Intervenientul precizează că pe piață sunt și alte tipuri de motoare, produse de cei mai renumiți producători, cum ar fi motorul Mercedes sau motorul Man, ori motorul Cummins, însă niciunul dintre aceste tipuri de motoare nu se încadrează în limitele restrictive de putere nominală și cuplu motor impuse în caietul de sarcini, având drept consecință restricționarea participării la prezenta procedura a mai multor mărci de autobuze.

În consecință, la prezenta procedura de achiziție pot fi depuse oferte doar pentru autobuze echipate cu motor marca Iveco, respectiv autobuzul marca Iveco - Italia echipat cu motor marca Iveco și autobuzul marca Karsan – Turcia, echipat tot cu același motor, marca Iveco .

Aceasta contravine dispozițiilor art. 156 alin 2 din Legea nr. 98/2016.

Valorile limită impuse pentru puterea nominală și cuplul motorului, rezultat al încercărilor motorului pe un stand nu sunt relevante pentru ansamblul autobuzului care face obiectul achiziției, întrucât motorul echipat pe autobuz funcționează într-un lanț cinematic, iar, în funcție de tipul și tehnologia echipamentelor cu care acesta lucrează, contribuția motorului la performanțele per ansamblu ale autobuzului pot fi alterate sau dimpotrivă optimizate .

Din acest motiv, criteriile cu adevărat importante pentru autoritatea contractanta sunt cele legate de funcționarea autobuzului în ansamblu sau cu referire la o fiabilitate crescută, un consum cat mai redus de

combustibil, costuri de exploatare cat mai reduse, și nu impunerea unor valori limită pentru motor, rezultate în urma încercării motorului pe un stand, valori care sunt exclusiv ale motorului.

Intervenientul menționează că orice caracteristică tehnică solicitată în caietul de sarcini, mai ales una de natura a restricționa drastic concurența trebuie dovedită de ofertant, cu documente în stadiul depunerii ofertelor și, bineînțeles, cu ocazia recepției autobuzelor contractate.

Totodată, SC Otokar Europe Filiala București menționează că un motor *"de minimum 235 kW la maxim 2000 rpm și 1357 Nm la max 1300-1400 rpm asigură o funcționare îmbunătățită a autobuzului cu un cuplu motor mai mare la o turație mai mică a motorului, așadar cu un consum mai mic"*.

Intervenientul arată faptul că în cazul cuplului maxim de 1357 Nm la o turație mai ridicată (normală) nu se înfundă EGR, SCR, nu mai apare uzura prematură a turbocompresorului, a injectoarelor, a întregului sistem de injecție, ungere corespunzătoare a turbe datorată turațiilor de cuplu.

Ori, în cazul motorului marca Iveco pentru valoarea cuplului de 1300 Nm la turații reduse trebuie să se facă o injecție suplimentară de combustibil. Aceasta injecție prematură implică un consum foarte mare de combustibil față de un motor dezvoltat la turații superioare/normale (1100-1300 rpm).

În concluzie, intervenientul menționează că motorul Cummins, deși nu se încadrează în limitele restrictive impuse în caietul de sarcini cu referire la puterea nominală și cuplu nu se poate susține că este inferior motorului marca Iveco.

Prin urmare, astfel cum susține și contestatoarea nu poate exista nicio justificare rezonabilă care să permită autorității să limiteze astfel concurența.

Intervenientul învederează dispozițiile Directivei 2014/24 UE, precum și dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL:

MUNICIPIUL SIBIU a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Achiziție de mijloace de transport public CNG și sisteme conexe”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. CN 1021114 din 15.05.2020. Valoarea estimată a contractului este de 64.947.495,85 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”. Documentația de atribuire a fost publicată în SICAP odată cu anunțul de participare.

Împotriva unor prevederi ale documentației de atribuire, SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cautiunea în valoare de 220.000 lei cu recipisa nr. 206291927/1 din 27.05.2020, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Victoria), solicitând:

- obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul clarificării/ eliminării/ modificării unor elemente din documentația de atribuire a procedurii;

- prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să poată beneficia de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și elaborarea ofertelor, în temeiul dispozițiilor art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, cererea de intervenție formulată de SC BMC TRUCK & BUS SA, dat fiind faptul că autoarea ei, având aceleași nemulțumiri ca SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL în privința unor prevederi ale documentației de atribuire, susține poziția acestei contestatoare, dovedind un interes legitim propriu în pricina prin promovarea intervenției sale, respectiv modificarea documentației de atribuire.

Trecând la analiza pe fond a contestației înaintate de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL, Consiliul constată că o primă solicitare se referă la armonizarea secțiunilor 1 – Generalități și 5 – documentație, din caietul de sarcini.

Astfel, în secțiunea 1 – Generalități a caietului de sarcini (pagina 8), autoritatea contractantă a cerut:

„Ofertantul va prezenta copiile documentației de omologare a autobuzelor, din care să rezulte că:

- Autovehiculele oferate sunt omologate cu certificat de omologare națională de tip pentru autovehicule fabricate în serii mici emis de RAR;*

sau

- Autovehiculele oferate au certificat de omologare de tip CE emis de autoritățile competente în unul din statele membre ale UE.*

În ambele variante, omologările de tip trebuie să fie valabile la data livrării. Dacă autobuzele sunt omologate de autoritățile competente din UE, înregistrarea națională de tip la Registrul Auto Român (RAR) se va efectua de către ofertantul declarat câștigător, în termen de maxim 60 de zile de la data semnării contractului, pe cheltuiala și răspunderea sa.”

De asemenea, în secțiunea 5 – documentație a caietului de sarcini (pagina 13), s-a prevăzut:

„Documentația de oferta va conține obligatoriu și următoarele documente:

- Copiile documentației de omologare a autobuzelor oferate, din care să rezulte că acestea sunt omologate cu certificate de omologare emise de către RAR sau echivalent.”*

În punctul de vedere la contestație, autoritatea arată că cele două mențiuni ale caietului de sarcini nu sunt contrare, întrucât mențiunea din secțiunea 5 este însoțită de sintagma „sau echivalent”, rezultând că ofertantul poate depune certificatul de omologare echivalent de tip CE.

Văzând lămurirea adusă de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește utilitatea ei și, pentru interpretarea unitară a celor două secțiuni

ale caietului de sarcini, cat și pentru o informare clară și precisă a ofertanților, urmează ca în secțiunea 5 a caietului de sarcini, alături de mențiunea „• *Copilele documentatiei de omologare a autobuzelor oferite, din care sa rezulte ca acestea sunt omologate cu certificate de omologare emise de catre RAR sau echivalent.*”, sa fie menționată, în mod expres, și posibilitatea de prezentare a certificatului de omologare echivalent de tip CE.

O altă critică pe care contestatoarea SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL o aduce prevederilor caietului de sarcini, elaborat de autoritatea contractanta, se refera la înălțimea totală și la deschiderea liberă ușilor pentru calatori, stabilite pentru autobuzul de 12 m.

Astfel, contestatoarea cere ca cerința privind înălțimea maximă admisă a autobuzului de 12 m să permită o toleranta de +50 mm, iar în subsidiar cere obligarea autorității la acceptarea unor certificate de omologare care prevăd o înălțime a autobuzelor cu o toleranta de +/-3% fără de valoarea stabilita prin caietul de sarcini.

Consiliul constată că argumentele contestatoarei în susținerea pretensei necesități a modificării înălțimii maxime admise a autobuzului de 12 m vizează exclusiv produsele pe care ea însăși le fabrica și nevoia de adaptare a documentației de atribuire în vederea participării sale la aceasta procedura de atribuire, aspecte pe care Consiliul nu le considera argumente legale pentru modificarea actului procedurii.

Consiliul constata că înălțimea maxim admisă, stabilita de autoritate pentru autobuzul de 12 m este inferioara înălțimii maxim autorizate (4m) pentru vehicule din categoriile M2 și M3, stabilita prin Regulamentul (UE) nr. 1230/2012 al Comisiei din 12 decembrie 2012 de punere în aplicare a Regulamentului (CE) nr. 661/2009 al Parlamentului European și al Consiliului privind cerințele de omologare de tip pentru masele și dimensiunile autovehiculelor și ale remorcilor acestora și de modificare a Directivei 2007/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

Mai mult, Consiliul retine ca, în vreme ce contestatoarea susține modificarea caietului de sarcini în acord cu specificațiile propriilor produse, autoritatea contractanta aduce argumente de fapt, obiective, pentru care înălțimea maxim admisă nu poate fi modificată, arătând, totodată, și că pe piața de profil există mai mulți producători ale căror autobuze respectă cerința înălțimii, așa cum a fost impusă.

Drept urmare, Consiliul nu poate stabili că cerința autorității are ca efect introducerea unui obstacol nejustificat față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Cat privește necesitatea menționării în caietul de sarcini a acceptării unor certificate de omologare care prevăd o înălțime a autobuzelor cu o toleranță de +/-3% față de valoarea stabilita prin caietul de sarcini, Consiliul observă ca potrivit Apendicelui 2 la Regulamentul (UE) nr. 1230/2012, dacă limitele specificate la punctul 1.1 din părțile A-D ale prezentei anexe (in cazul spetei, 4m) nu sunt depășite, dimensiunile reale pot fi diferite de cele specificate de către producător cu cel mult de 3 %.

Drept urmare, Consiliul stabilește că solicitarea contestatoarei este de admis în parte, astfel încât va obliga autoritatea contractantă la inserarea, în caietul de sarcini, a prevederii Regulamentului în privința înălțimii autobuzului de 12 m.

Autoarea contestației cere, așa cum se preciza mai înainte, și modificarea cerinței privind lățimea minimă a deschiderii ușilor, în sensul luării în considerare doar a distanței de minim 1200 mm dintre deschiderea liberă a ușilor, iar nu dintre barele de sprijin.

În replică, autoritatea menționează că se păstrează cerința, respectiv lățimea de minim 1200 mm, a suprafeței libere de acces între barele de sprijin, din considerente practice, ce țin de fluxul de calatori și confortul acestora la urcarea/coborârea din autobuz.

De altfel, contestatoarea nici nu aduce vreun argument în sprijinul solicitării sale, limitându-se doar la a cere modificarea arătată.

În consecință, Consiliul nu identifica motive de fapt sau de drept pentru care să determine autoritatea contractantă să modifice specificația caietului de sarcini referitoare la lățimea minimă a suprafeței libere de acces în autobuz.

Solicitările referitoare la înălțimea totală și la deschiderea liberă ușilor pentru calatori sunt reluate de contestatoare și în cazul autobuzului de 18 m, iar pentru considerentele evocate în analiza specificațiilor autobuzului de 12 m, ele sunt respinse de către Consiliu. Însă, și în privința autobuzului de 18 m, autoritatea va include în caietul de sarcini prevederea din Regulamentul (UE) nr. 1230/2012, privind înălțimea reală a autobuzului.

În ceea ce privește modificarea lungimii autobuzelor din gama de 18 m, în sensul permiterii unei lungimi de 18.750 mm, în condițiile în care autoritatea a solicitat o lungime totală de 18.200 mm, Consiliul retine mențiunea contestatoarei conform căreia „[...] autobuzele produse de catre Otocar acoperă gama solicitată prin caietul de sarcini, în sensul că Otocar deține omologări pentru dimensiunea de 18.200 mm, astfel cum aceasta este solicitată de autoritatea contractantă. Aratam însă că producerea unor autobuze de 18.750 mm, deci cu respectarea limitelor legale, permite o mai mare fiabilitate de construcție și de utilizare, cât și un grad de confort sporit călătorilor. Astfel, o dimensiune de 18.750 mm ar permite un număr mai mare de călători per autobuz.”

Rezultă că, deși are în portofoliul sau autobuze cu lungimea cerută de autoritate, totuși, contestatoarea cere modificarea acestei lungimi, aparent în interesul autorității contractante și în dezavantajul propriu, motiv pentru care Consiliul constată lipsită de interes aceasta cerere din contestație.

Cu privire la critica vizând puterea nominală și cuplul motor ale motorului autobuzului din gama 18m, autoritatea contractanta menționează în punctul sau de vedere la contestație că «Având în vedere nerestricționarea și liberul acces la procedura de achiziție, autoritatea contractantă este de acord cu acceptarea unei abateri a puterii nominale și a cuplului motor cu 3% și înlocuirea limitei de 1.200 rpm pentru care se

obține cuplul maxim în cazul tipodimensiunii de 18 m cu prevederea „Cuplul motor maxim să se obțină de la turații relativ reduse: între 1000 și 1400 rotații/min”. Restul caracteristicilor tehnice se mențin.»

Văzând achiesarea autorității la pretenția contestatoarei, Consiliul stabilește că urmează ca modificarea astfel adusa caietului de sarcini să fie publicata în SICAP, cu indicarea clara a noilor valori ale puterii nominale și cuplului motor ale motorului autobuzului din gama 18m.

În ceea ce privește critica privind poziționarea valvei de alimentare pe partea stângă a autobuzului, autoritatea contractanta arată că „Se acceptă și soluțiile tehnice cu două valve de alimentare, atât pe partea stângă, cât și pe partea dreaptă.”, fiind, astfel, de acord cu solicitarea contestatoarei. Lămurirea astfel a cerinței va fi adăugată în mod explicit în caietul de sarcini.

SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL cere și modificarea cerinței caietului de sarcini referitoare la purjarea cu care trebuie să fie prevăzute rezervoarele de aer comprimat (aferește instalației de aer comprimat), astfel încât să se permită ofertarea oricărui tip de purjare din cele doua indicate de autoritate contractanta, respectiv automata și manuala.

Consiliul constată că cerința autorității este ca rezervoarele de aer comprimat trebuie să fie dotate cu purjare automata și manuala.

Contestatoarea afirmă, fără să dovedească, că dotarea rezervoarelor de aer comprimat atât cu purjare automata, cat și cu purjare manuala, nu este posibilă din punct de vedere tehnic. Pe de altă parte, și autoritatea contractantă afirmă că, din analiza de piață, a rezultat ca purjarea manuală și automată este posibilă, fără a aduce dovezi în acest sens. De asemenea, autoritatea precizează că cerința este menită sa sprijine necesitățile sale, fără însă a arata de ce numai o astfel de dotare a rezervoarelor de aer comprimat conduce la satisfacerea nevoilor ei.

Plecând de la definiția noțiunii de purjare, respectiv „evacuare continuă a unui fluid, de obicei apă sau gaz, pentru curățirea pietrei din instalațiile tehnice”, Consiliul constata ca ar trebui sa fie egal autorității contractante daca operațiunea se face automat sau manual, câtă vreme ea este realizată. A cere ca purjarea sa fie realizată atât automat, cât și manual, elimină posibilitatea de ofertare a echipamentelor la care purjarea se face doar automat, sau doar manual, nefiind evocat de autoritate beneficiul existentei simultane a celor doua posibilități și nevoia de achiziție ce poate fi satisfăcuta doar în acest mod.

Drept urmare, Consiliul obliga autoritatea contractantă să modifice cerința în sensul în care să se prevadă dotarea rezervoarelor de aer comprimat cu purjare automata si/sau manuala.

O altă solicitare la care autoritatea contractantă a achiesat este cea privind modificarea numărului de perne de aer și bare de reacțiune (stabilizatoare) și a numărului de amortizoare hidraulice cu dublu efect cu limitator de cursă ale axei mediane pentru autobuzul din gama de 18m, astfel încât caietul de sarcini va fi modificat în sensul în care se va menționa explicit că se accepta, pentru axa mediana, și varianta constructivă formată din 4 perne de aer și bare de reacțiune

(stabilizatoare) și 4 amortizoare hidraulice cu dublu efect, cu limitator de cursă.

O altă cerere a contestatoarei constă în eliminarea cerinței de a efectua operațiunile anticorozive aplicate caroseriei și structurii autobuzelor în mod unitar și integral, precum și în obligarea autorității la a preciza dacă galvanizarea la cald este permisă, ca operațiune anticorozivă.

Prin notele scrise depuse ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea critică poziția autorității de a nu accepta galvanizarea la cald ca operațiune anticorozivă, deși prin contestație ea nu a cerut modificarea caietului de sarcini în sensul de a se accepta la ofertare și această soluție tehnică, ci s-a limitat la a cere „[...] obligarea autorității contractante la [...] precizarea dacă galvanizarea la cald este permisă, ca operațiune anticorozivă.”, răspunsul autorității fiind în consecință. Drept urmare, Consiliul nu poate cenzura actele autorității în lipsa unei solicitări a contestatoarei în acest sens.

În punctul său de vedere, autoritatea menționează, pe de o parte, ca galvanizarea la cald nu este permisă ca operațiune anticorozivă, întrucât rezistența acestei proceduri la coroziune este mai mică. Pe de altă parte, arată că procesul de aplicare unitară este net superior soluțiilor ce implică zincarea la cald a elementelor din structura caroseriei în mod separat, soluție ce nu asigură garanții față de protecția anticorozivă pe aceeași durată de timp, respectiv pe întreaga durată de viață a caroseriei, întrucât nu asigură protecția îmbinărilor, ceea ce conduce la apariția rapidă a ruginii la acestea, iar cu apariția primelor zone de coroziune, protecția realizată își pierde mai repede din eficiență.

Găsind că explicația tehnică a autorității, în menținerea cerinței a cărei modificare o cere contestatoarea, vine în sprijinul satisfacerii nevoii de a achiziționa autobuze ale căror elemente constructive (caroserie și structura) să fie supuse cât mai puțin procesului de coroziune, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de eliminare a condiției arătate, aceasta nefiind în interesul autorității contractante și neputând fi acceptată modificarea documentației doar în scopul asigurării participării la procedura a unor produse care, prin caracteristicile lor, crează un dezavantaj autorității contractante.

Prin contestația sa, SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL solicită eliminarea cerinței autorității ca scaunele pentru calatori să respecte prevederile Regulamentului nr. 80 al Comisiei Economice pentru Europa a Organizației Națiunilor Unite, cerere careia autoritatea îi răspunde afirmativ în sensul în care dimensiunea și dispunerea scaunelor va asigura respectarea normelor internaționale și europene în vigoare respectiv Regulamentul CEE-ONU nr. 107, trimiterea din caietul de sarcini la Regulamentul CEE-ONU nr. 80 reprezentând, conform autorității contractante, o eroare materială. Consiliul stabilește că achiesarea astfel formulată a autorității contractante urmează a se regăsi și în caietul de sarcini, ce va fi modificat în mod corespunzător.

Și solicitării de eliminare a necesității respectării Regulamentelor CEE-ONU nr. 121 și nr. 672/2010 pentru sistemul de climatizare (încălzire, ventilație și aer condiționat/HVAC) autoritatea îi răspunde afirmativ: *„In ceea ce privește sistemul de climatizare se va aplica cerința privind respectarea Regulamentului nr. 122 al Comisiei Economice pentru Europa din cadrul Organizației Națiunilor Unite (CEE-ONU) — Specificații tehnice uniforme privind omologarea vehiculelor din categoriile M, N și O în ceea ce privește sistemele de încălzire ale acestora. Menționarea Regulamentului CEE-ONU nr. 121 s-a realizat din eroare materială.”*

Modificarea astfel a caietului de sarcini va fi făcută cunoscută operatorilor economici interesați de participarea la procedura prin publicarea în SICAP.

În privința protecției suplimentare a conectorilor exteriori ai instalației electrice cu vaselina neutra, contestatoarea cere completarea cerinței în sensul permitterii și a variantei care presupune aplicarea unui spray de contact pentru conectori, alternativ cu procedura care implica utilizarea vaselinei neutre.

În punctul sau de vedere, autoritatea arată că cerința a fost redactată în conformitate cu beneficiile practice pe care derularea acestui proiect le va genera, fără a arăta care sunt aceste beneficii practice. De asemenea, menționează că faptul existenței pe piață și a altor metode de protecție suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice, nu înseamnă ca acestea ar conduce la îndeplinirea proiectului astfel cum a fost conceput de către consultantul studiului de oportunitate, fără a preciza de ce numai prin satisfacerea cerinței în acest mod este satisfăcută nevoia sa de achiziție la nivelul calitativ dorit.

Din argumentul autorității legat de faptul ca „Alegerea între mai multe astfel de metode este atributul exclusiv al autorității contractante, iar față de acest aspect ofertantul nu poate contraargumenta”, rezultă că voința autorității reprezintă principalul considerent al impunerii cerinței criticate. Față de aceasta, Consiliul retine ca, potrivit art. 155 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind produsele care fac obiectul achiziției, ele (conform alin. 6 al aceluiași articol) trebuind 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.

Drept urmare, nefiind justificata din punct de vedere tehnic impunerea exclusiv a acestei metode, Consiliul stabilește că pentru respectarea condiției de la art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, este necesara completarea ei în sensul dorit de contestatoare, păstrarea cerinței în forma agreata de autoritatea contractanta conducând la posibilitatea participării la procedura doar a autobuzelor pentru care protecția suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice se face doar cu vaselina neutra, fără o justificare temeinică și obiectivă a satisfacerii doar în acest mod a nevoilor autorității.

Este adevărat că documentațiile de atribuire nu trebuie modificate în funcție de dorința oricărui operator economic de a ajusta cerințele autorității în scopul participării proprii la competiție, însă în egală măsură, nici autoritatea contractantă nu trebuie să impună cerințe care să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici. Or, în condițiile în care apare ca nejustificată cerința de asigurare a protecției suplimentare a conectorilor exteriori ai instalației electrice cu vaselina neutră, păstrarea ei constituie un obstacol, la rândul lui nejustificat, față de participarea la procedura a operatorilor economici care prezintă soluții constructive ce asigură protecția amintită și în alt mod decât cel impus de autoritate, în speță aplicarea unui spray de contact pentru conectori. Drept urmare, Consiliul reține în sarcina autorității obligația de a modifica cerința amintită în sensul de a permite că alături de utilizarea vaselinei neutre, și aplicarea unui spray de contact pentru conectori să fie acceptată ca metoda de protecție suplimentară a conectorilor exteriori ai instalației electrice.

Față de solicitarea contestatoarei ca termenele de remediere a defecțiunilor (stabilite de autoritate în ore) să fie indicate în zile lucrătoare, Consiliul va respinge considerațiile acesteia legate de faptul că realizarea remedierilor va fi imposibilă în zilele nelucrătoare (când unitatea de service este închisă) sau va conduce la cheltuieli suplimentare determinate de plata forței de muncă în zile nelucrătoare. Astfel, autobuzele ce reprezintă obiectul achiziției sunt destinate prestării serviciului de transport public, serviciu ce se desfășoară permanent, cu variații de program. Or, în asemenea condiții, autoritatea contractantă trebuie să se asigure de prestarea corespunzătoare a serviciului public, ceea ce impune intervenția rapidă și eficientă asupra defecțiunilor utilajelor, cu impact în transportul public. În consecință, Consiliul stabilește că termenele de remediere stabilite de autoritate în ore sunt atât în interesul acesteia, cât și în interesul general al populației care beneficiază de transportul public, interes ce primează asupra interesului furnizorului de a nu-și suplimenta cheltuielile prin execuția acestui contract. Nimic nu oprește ofertanta de a stabili prețul ofertei și prin luarea în considerare a muncii în zile nelucrătoare, cu remunerarea ei în consecință.

SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL solicită și clarificarea unor aspecte precis indicate în contestație, referitoare la cerințele caietului de sarcini vizând stocul de materiale și personalul utilizatorului care va realiza întreținerea, autoritatea contractantă aducându-i, prin punctul de vedere la contestație lămuririle cerute. Consiliul va obliga autoritatea contractantă să insera în caietul de sarcini clarificările aduse urmare a acestei contestații, făcând publică modificarea prin postarea în SICAP.

Prin contestația depusă, autoarea ei cere ca răspunderea furnizorului pentru vicii ascunse/defecte sistematice să fie limitată la perioada de garanție a autobuzului.

Viciul ascuns reprezintă o deficiență calitativă a unui produs livrat care nu a fost cunoscută și nici nu putea fi cunoscută de către beneficiar prin mijloacele obișnuite de verificare. Se înțelege din aceasta ca, în

situația în care beneficiarul ar fi cunoscut deficiențele respective, nu ar fi cumpărat produsul.

Potrivit art. 1.672 din Codul civil, vânzătorul are, pe lângă obligațiile de a transmite proprietatea bunului vândut și de a preda bunul, și pe cea de a-l garanta pe cumpărător contra evicțiunii și viciilor bunului.

Cu privire la viciile ascunse, relevante sunt următoarele dispoziții ale Codului civil:

- art. 1.707

„(1) Vânzătorul garantează cumpărătorul contra oricăror vicii ascunse care fac bunul vândut impropriu întrebuințării la care este destinat sau care îi micșorează în asemenea măsură întrebuințarea sau valoarea încât, dacă le-ar fi cunoscut, cumpărătorul nu ar fi cumpărat sau ar fi dat un preț mai mic.

(2) Este ascuns acel viciu care, la data predării, nu putea fi descoperit, fără asistență de specialitate, de către un cumpărător prudent și diligent.

(3) Garanția este datorată dacă viciul sau cauza lui exista la data predării bunului.

(4) Vânzătorul nu datorează garanție contra viciilor pe care cumpărătorul le cunoștea la încheierea contractului.”

- art. 1.708

„(1) Dacă părțile nu au convenit altfel, vânzătorul este obligat să garanteze contra viciilor ascunse, chiar și atunci când nu le-a cunoscut.”

- art. 1.710

„(1) În temeiul obligației vânzătorului de garanție contra viciilor, cumpărătorul poate obține, după caz:

- a) înlăturarea viciilor de către vânzător sau pe cheltuiala acestuia;
- b) înlocuirea bunului vândut cu un bun de același fel, însă lipsit de vicii;
- c) reducerea corespunzătoare a prețului;
- d) rezoluțiunea vânzării.”

- art. 1.712

„(1) În situația în care la data încheierii contractului vânzătorul cunoștea viciile bunului vândut, pe lângă una dintre măsurile prevăzute la art. 1.710, vânzătorul este obligat la plata de daune-înterese, pentru repararea întregului prejudiciu cauzat, dacă este cazul.

(2) Atunci când vânzătorul nu cunoștea viciile bunului vândut și s-a dispus una dintre măsurile prevăzute la art. 1.710 alin. (1) lit. c) și d), el este obligat să restituie cumpărătorului doar prețul și cheltuielile făcute cu prilejul vânzării, în tot sau în parte, după caz.”

- art. 1.713

„Pierderea sau deteriorarea bunului, chiar prin forță majoră, nu îl împiedică pe cumpărător să obțină aplicarea măsurilor prevăzute la art. 1.710 alin. (1).”

- art. 1.714

„Dispozițiile privitoare la garanția contra viciilor ascunse se aplică și atunci când bunul vândut nu corespunde calităților convenite de către părți.”

- art. 1.715

„În cazul vânzării după mostră sau model, vânzătorul garantează că bunul are calitățile mostrei sau modelului.”

Văzând reglementarea dată de Codul civil viciilor ascunse, Consiliul stabilește legalitatea specificației documentației de atribuire care obliga furnizorul la garantarea acestora pe toată durata de viață a autobuzelor furnizate. Limitarea garanției pentru viciile ascunse pentru durata garanției acordată de furnizor autobuzelor ar lipsi de eficiență prevederea legală care obliga vânzătorul să garanteze cumpărătorul contra oricăror vicii ascunse care fac bunul vândut impropriu întrebuințării la care este destinat sau care îi micșorează întrebuințarea sau valoarea. Drept urmare, bunul achiziționat trebuie să fie propriu întrebuințării cel puțin pentru durata de viață pe care fabricantul o stabilește și nu numai pentru perioada pentru care furnizorul își asuma garanția acestuia.

De reținut sunt și mențiunile autorității conform cărora viciile ascunse nu includ răspunderea pentru defecțiuni datorate întreținerii sau utilizării necorespunzătoare, astfel că ofertantul va fi ținut să răspundă pentru acele deteriorări datorate unei calități necorespunzătoare a produselor, care nu au putut fi identificate la recepționarea acestuia, prevederea din caietul de sarcini referindu-se la defectarea prin rupere, spargere sau uzură anormală, nu la alt tip de defecțiuni tehnice care pot interveni în funcție de condițiile de întreținere.

Față de invocarea de către contestatoare, prin notele sale scrise, a dispozițiilor Codului civil ce reglementează dreptul la acțiunea în răspundere pentru vicii ascunse și prescripția acestuia, Consiliul reține ca potrivit art. 2.531 alin. (5) din Codul civil, *„Prin dispozițiile prezentului articol nu se aduce însă nicio atingere termenelor de garanție speciale, legale sau convenționale.”* Or, în cazul analizat, termenul de garanție pentru viciile ascunse este unul convențional, stabilit prin acordul părților semnatare ale contractului de achiziție publică.

Având în vedere cele stabilite, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea contestatoarei de limitare a garanției pentru viciile ascunse.

Odată cu aceasta critică, SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL subliniază și nevoia ca autoritatea contractantă să indice modul în care ofertanții trebuie să includă în oferta lor o declarație a fiabilității, la care autoritatea face trimitere în secțiunea 16 a caietului de sarcini, cerință referitoare la defecțiuni sistematice și vicii ascunse. În punctul său de vedere autoritatea nu face nicio precizare cu privire la acest aspect, astfel încât Consiliul o obligă ca, în remediarea documentației sale, să precizeze modalitatea concretă în care ofertantul urmează să declare fiabilitatea agregatului/subansamblului.

Prin contestație se cere și actualizarea periodică de preț, pentru perioada de garanție a autobuzelor, în ceea ce privește remediarea defecțiunilor care nu sunt imputabile furnizorului (tamponări sau comenzi

de lucru ordonate de utilizator) și care nu pot fi remediate de utilizator, solicitare la care autoritatea achiesează: *«Astfel, în secțiunea 15.3 se înlocuiește sintagma „Acele preturi vor fi valabile pe toată perioada de garanție a autobuzelor.” cu sintagma „Preturile se vor indexa anual pe baza indicelui de creștere a preturilor industriale publicate de Institutul National de Statistică”.»*

Cu privire la cerința de experiență similară, cuprinsă în fișa de date a achiziției, contestatoarea cere clarificarea în sensul că vor fi acceptate drept dovadă a experienței similare contracte având ca obiect orice mijloace de transport în comun/de călători, indiferent de motorizarea acestora și că printre mijloacele de transport în comun acceptate se includ autobuze M3 din clasa I, cu orice tip de motorizare care presupun caracteristici constructive generale similare sau chiar identice. Cu privire la aceasta pretenție, autoritatea precizează: *«(...) prin formularea „furnizarea de mijloace de transport în comun/de calatori” nu a impus nici tipul de motorizare, nici modelul/Categoria de mijloc de transport, singura cerință fiind ca mijloacele de transport reprezentând experiența similară, să fie “în comun/de calatori.” Prin urmare, nu considerăm că se impune nicio modificare/completare a cerinței de calificare, aceasta fiind clar formulată și nefiind de natura să restricționeze participarea la procedura de achiziție.»*

Consiliul constată că, într-adevar, cerința autorității este clar exprimată, orice alt aspect adăugat putând, printr-o greșită interpretare, să vicieze intenția autorității contractante. În evaluarea ofertelor pe care le va primi, autoritatea contractantă va avea în vedere explicația adusă cu ocazia soluționării acestei contestații, nefiind necesară modificarea în sensul dorit de contestatoare.

SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL cere și modificarea clauzei 12.1 din modelul de contract, în sensul eliminării mențiunii referitoare la rezilierea unilaterală a contractului în cazul în care furnizorul nu își execută obligațiile contractuale pentru o perioadă de 30 de zile calendaristice. Contestatoarea invocă aplicarea graduală a sancțiunilor ce pot interveni în cazul îndeplinirii întârziate a obligațiilor contractuale, caracterul suficient al sancțiunii pecuniare pentru întârzierea furnizorului în îndeplinirea obligațiilor contractuale, precum și perioada extrem de scurtă pe care autoritatea o are în vedere pentru aplicarea sancțiunii rezilierii unilaterale a contractului, având în vedere multitudinea de situații ce pot apărea în practică și care pot determina întârzieri mai mari de 30 de zile în executarea contractului, consecință rezilierii fiind exacerbată.

Consiliul are în vedere în soluționare trimiterea autorității contractante la clauza 26.2 din modelul de contract, conform careia: *„Dacă pe parcursul îndeplinirii contractului, furnizorul nu respectă termenul prevăzut la art. 6.1, acesta are obligația de a notifica, în timp util achizitorului, modificarea datei/perioadelor de furnizare se face cu acordul părților, prin act adițional.”*

Văzând clauza 26.2 invocată de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că furnizorul are la îndemână un instrument contractual care să

îi permită modificarea datei de furnizare, fără sancționarea evenimentului, fiind evident că prevederea criticată se aplica pentru situații excepționale, când furnizorul nu anunță autoritatea, când prelungirea cerută nu este justificată și când ar contraveni intereselor autorității contractante.

Consiliul are în vedere și că această clauză, a cărei modificare este cerută, reprezintă și o garanție pe care autoritatea și-o asigură în scopul principal și direct al ocrotirii interesului public, cu atât mai mult cu cât îndeplinirea acestui contract de achiziție publică are impact asupra unui serviciu public, impactând o mare parte a comunității respective. Or, în atari condiții, se justifică pe deplin rigoarea de care autoritatea contractantă da dovada prin impunerea clauzei a cărei eliminare se cere, revenind contractantului sarcina de a se îngriji în mod aparte de îndeplinirea contractului, cu toate exigentele ce decurg din serviciul public a cărui prestare depinde de încheierea lui.

Drept urmare, Consiliul stabilește că modificarea pe care contestatoarea o propune clauzei 12.1 din modelul de contract este în mod evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, aceasta neputând fi obligată să o primească.

Prin contestație, se cere și modificarea clauzei 12.4 din modelul de contract, clauza ce impune, pentru situația rezilierii contractului, obligarea furnizorului la plata de daune interese calculate până la atribuirea produselor ramase de livrat, contractate printr-o nouă procedură de achiziție publică. Or, arată contestatoarea, atribuirea unui nou contract de achiziție publică nu este sub nicio formă nici în previziunea și nici în controlul său, ajungând ca, pe baza acestei clauze, la încheierea contractului, să nu poată ști la ce se obligă și să nu poată prevedea valoarea finală a daunelor interese pe care ar fi obligată să le plătească autorității contractante, situație care, potrivit art. 1.541 alin. (1) lit. b) din Codul civil, ar putea determina instanța să reducă penalitatea („penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului.”).

Cat privește durata de timp până la o posibilă încheiere a unui nou contract de achiziție publică, având ca obiect restul rămas neexecutat din contractul a cărui atribuire se va face în urma procedurii în analiza, Consiliul reține următoarele dispoziții legale:

- art. 74 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„Perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a ofertelor este de cel puțin 35 de zile.”*

- art. 214 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite ofertantului declarat câștigător o comunicare privind acceptarea ofertei sale, prin care își manifestă acordul de a încheia contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

(3) Autoritatea contractantă întocmește raportul procedurii într-un termen care să nu depășească:

a) 60 de zile lucrătoare pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) lit. a), b), e), g) și h);

(4) Prin excepție de la alin. (3), în cazuri temeinic justificate și cu aprobarea conducătorului autorității contractante, această perioadă se poate prelungi o singură dată fără a depăși perioada de valabilitate a ofertei, aducându-se la cunoștința operatorilor economici implicați în procedură în termen de maximum două zile lucrătoare de la aprobarea de către conducătorul autorității contractante a deciziei de prelungire.

(5) În cazul în care drept urmare a unei soluții emise de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor/instanța de judecată se dispune reevaluarea ofertelor, autoritatea contractantă reface raportul procedurii de atribuire prevăzut la art. 216 alin. (1) într-un termen care nu poate depăși 20 de zile lucrătoare de la data comunicării deciziei."

- art. 24 din Legea nr. 101/2016:

„(1) Consiliul soluționează pe fond contestația în termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii, în condițiile art. 18 alin. (2), a dosarului achiziției publice, al achiziției sectoriale sau al concesiunii, (...).

(2) În cazuri temeinic justificate, termenul de soluționare a contestației poate fi prelungit cu 10 zile, prelungirea fiind comunicată autorității contractante."

- art. 29 din Legea nr. 101/2016: „Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămăte."

Acestea ar fi perioadele reglementate prin lege și care afectează o procedura de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică. Însă, ce nu poate fi prevăzut, este existența contestațiilor într-o procedura de atribuire, numărul lor și implicațiile pe care acestea le au în procedura, eventuala suspendare a procedurii de către Consiliu, instanța de judecată ori chiar de autoritatea contractantă însăși ca măsură de prevenție în cazul depunerii unei contestații, durata procesului de judecare de către instanța de judecată a plângerii/ilor împotriva deciziilor Consiliului etc.

Drept urmare, Consiliul stabilește că nu se poate previziona perioada de timp pentru care, conform clauzei atacate, furnizorul va trebui să plătească daune interese. Este adevărat că evenimentul cauzator de plată a unor astfel de daune interese s-a datorat vinei furnizorului, însă la fel de real este și că acesta, pentru păstrarea echilibrului contractual, nu trebuie obligat la prestații ce pot reprezenta pentru autoritatea contractantă îmbogățire fără justă măsură. Astfel, obligarea la plată de daune interese pentru o perioadă ce nu poate fi stabilită la data la care contractul se perfectează, alături de rezilierea contractului și plata de penalități, reprezintă un dezechilibru ce trebuie cenzurat, astfel încât este de primit propunerea contestatoarei, de modificare a clauzei, în sensul stabilirii unei

durată maximă pentru care, în ipoteza din clauza 12.4 din modelul de contract, furnizorul este obligat la plata de daune interese. Îi revine, astfel, autorității contractante sarcina de a stabili o durată maximă necesară pentru încheierea unui nou contract de achiziție publică, pentru cumpărarea restului din obiectul prezentului contract, rămas neexecutat prin rezilierea lui, și modificarea clauzei 12.4 prin menționarea expresă a acestei durate pentru care furnizorul va plăti daune interese.

Prin contestația sa, SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL solicită eliminarea clauzelor 14.1, 14.2 și 14.3 din modelul de contract. Consiliul reține ca, potrivit acestor clauze:

„14.1. Orice documente sau materiale elaborate ori compilate de către executant sau de către personalul său salariat ori contractat în executarea prezentului contract vor deveni proprietatea exclusivă a achizitorului. După încetarea prezentului contract, executantul nu va utiliza documentele sau materialele elaborate ori compilate, în scopuri care nu au legătură cu prezentul contract, fără acordul scris prealabil al achizitorului.

14.2. Executantul nu va publica articole referitoare la obiectul prezentului contract, nu va face referire la aceste lucrări în cursul executării altor lucrări pentru terți și nu va divulga nicio informație furnizată de achizitor, fără acordul scris prealabil al acestuia.

14.3. Orice rezultate ori drepturi, inclusiv drepturi de autor sau alte drepturi de proprietate intelectuală ori industrială, dobândite în executarea prezentului contract vor fi proprietatea exclusivă a achizitorului, care le va putea utiliza, publica, cesiona ori transfera așa cum va considera de cuviință, fără limitare geografică ori de altă natură, cu excepția situațiilor în care există deja asemenea drepturi de proprietate intelectuală ori industrială.”

Conform punctului II.1.1 din anunțul de participare, obiectul prezentei proceduri este achiziția de mijloace de transport public și sisteme conexe. Nu se face vorbire în obiectul contractului despre achiziția unor soluții constructive ori ceva similar, care să justifice transferul dreptului de proprietate intelectuală și al drepturilor conexe către autoritatea contractantă.

De altfel, nici din justificarea încercată de autoritate în punctul sau de vedere la contestație, nu rezultă legalitatea acestor trei clauze, ba mai mult lămuririle aduse contrazic cele impuse prin clauzele atacate.

Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu își sprijină cerințele pe dispoziții legale care să justifice cele trei clauze atacate, cu atât mai mult cu cât prevederile acestora sunt de natură să prejudicieze pe furnizor și să îi afecteze activitatea viitoare.

Drept urmare, Consiliul stabilește că cele trei clauze (14.1, 14.2 și 14.3) din modelul de contract vor fi eliminate, urmând ca autoritatea contractantă să stabilească în mod clar tipul de informații și documente rezultate din executarea contractului, pe care dorește să le utilizeze fără acordul prealabil al furnizorului, precum și întinderea clauzei de

confidențialitate la care să se oblige furnizorul, pentru protejarea intereselor autorității.

O alta clauză a cărei modificare este cerută prin contestație este clauza 14.4, propunându-se completarea scopurilor prelucrării datelor cu caracter personal.

Văzând că în textul clauzei autoritatea contractanta a făcut referire doar la *„scopul îndeplinirii îndatoririlor sale din cadrul contractului sau al dispoziției de lucrări/alte acte juridice”*, Consiliul constată că modificarea propusă de contestatoare în scopul completării situațiilor care determină prelucrarea datelor cu caracter personal, este necesară și utilă, pentru completa informare și pentru evitarea situațiilor insuficient reglementate contractual, modificarea propusă nefiind de natura să prejudicieze în vreun fel pe autoritatea contractanta, ba, mai mult, conducând la aprofundarea obligației prevăzută la art. 154 din Legea nr. 98/2016 (*„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”*).

Drept urmare, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă va modifica clauza 14.4, care va avea următorul cuprins:

„14.4. În măsura în care și dacă executantul obține date cu caracter personal în numele Municipiului Sibiu, în scopul îndeplinirii obligațiilor sale în temeiul prezentului contract, în scopul încheierii/modificării/încetării prezentului Contract, în scopul îndeplinirii unor obligații legale care îi revin furnizorului și în scopul apărării/constatarii sau exercitării unor drepturi ale Furnizorului, aceste date cu caracter personal vor rămâne proprietatea Municipiului Sibiu în permanență. Executantul deține doar dreptul de a prelucra aceste informații în scopurile evocate în prima teză a clauzei și nu va pretinde niciodată vreun drept cu privire la acele date personale.”

Cat privește solicitarea de clarificare a clauzei 14.8, în sensul detalierii noțiunii de asociat al autorității contractante și al stabilirii entităților care se califică drept asociați ai acesteia, Consiliul stabilește că autoritatea contractanta a lămurit prin punctul sau de vedere noțiunea de asociat, situație în care va insera, în modelul de contract, aceasta clarificare, pentru corecta și completa informare a celor interesați de participarea la procedura.

Prin contestația depusă, autoarea ei arată ca, prin clauza 22.6 din modelul de contract (*„Autobuzele vor avea o durată de bună funcționare de minim 15 ani, respectiv o durată de utilizare fără reparație generală de minim 8 ani.”*) se modifica perioada de garanție stabilită prin clauza 22.2 [*„Garanția funcționării autobuzelor: minim 500.000 km sau minim 5 ani (care condiție se îndeplinește prima), de la data punerii în exploatare. Garanția se referă la autobuz în ansamblu și la toate componentele acestuia (altele decât cele de mai jos). Ofertantul va lua în calcul un parcurs mediu anual de 100.000 km/autobuz.”*]

Consiliul constată că prin clauza 22.6 nu se modifică perioada de garanție prevăzută în clauza 22.2, așa cum susține contestatoarea, fiind

doar stabilita durata de bună funcționare, respectiv cea de utilizare fără reparație generală, fără nicio precizare referitoare la vreo garanție acordată de furnizor, situație în care cele evocate de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL sunt nefondate.

Referitor la responsabilitatea pentru viciile ascunse, stabilita prin caietul de sarcini, Consiliul s-a pronunțat anterior privitor la critica vizând această cerință a caietului de sarcini.

Consiliul va respinge cererea contestatoarei de eliminare a trimerelor autorității contractanta la dispozițiile Legii nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, motivat de faptul că autoritatea contractantă nu ar fi consumator, ci profesionist.

În cuprinsul Legii nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora se regăsesc următoarele dispoziții:

- art. 1 *„Prezenta lege reglementează aspecte privind vânzarea produselor, inclusiv a celor executate la comandă, și garanțiile asociate acestora, în vederea asigurării protecției consumatorului.”*

- art. 2 *„În sensul prezentei legi, următorii termeni se definesc astfel:*

a) consumator - persoana astfel definită la art. 2 pct. 2 din Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare.”

Potrivit art. 2 punctul 2 din OG nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, prin consumator se înțelege orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale.

Or, având în vedere calitatea Municipiului Sibiu de unitate administrativ-teritorială din România, Consiliul stabilește că aceasta nu deține calitatea de consumator, în sensul celor doua acte normative amintite, astfel încât trimerile din documentația de atribuire la prevederile Legii nr. 449/2003 sunt neavenite, urmând a fi eliminate.

SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL cere și eliminarea clauzei 29.2 din modelul de contract, conform căreia contractul încetează *„Prin denunțarea unilaterală de către Achizitor fără nici o notificare prealabilă adresată furnizorului în cazul în care Furnizorul [...], intră în procedură de reorganizare judiciară [...].”*

Potrivit art. 123 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, *„(1) Contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, art. 1.417 din Codul civil nefiind aplicabil. Orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare, de decădere din beneficiul termenului sau de declarare a exigibilității anticipate pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule. [...] În vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, într-un termen de prescripție de 3 luni de la data deschiderii procedurii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate să denunțe orice contract, închirierile neexpirate, alte contracte pe termen lung, atât timp cât aceste contracte nu au fost executate în totalitate ori substanțial de*

către toate părțile implicate. Administratorul judiciar/Lichidatorul judiciar trebuie să răspundă, în termen de 30 de zile de la primire, notificării contractantului, formulată în primele 3 luni de la deschiderea procedurii, prin care i se cere să denunțe contractul; în lipsa unui astfel de răspuns, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu va mai putea cere executarea contractului, acesta fiind socotit denunțat. Contractul se consideră denunțat:

a) la data expirării unui termen de 30 de zile de la recepționarea solicitării cocontractantului privind denunțarea contractului, dacă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu răspunde;

b) la data notificării denunțării de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar."

Văzând că, prin efectul legii speciale, este nula trimiterea la situația în care furnizorul intră în procedură de reorganizare judiciară, din cuprinsul clauzei 29.2, Consiliul stabilește în sarcina autorității contractante eliminarea acestei ipoteze.

În modelul de contract se regăsește și clauza 29.3, conform căreia contractul încetează „Prin denunțarea unilaterală a contractului de către Achizitor cu o notificare prealabilă în cazul în care Furnizorul nu își îndeplinește la timp și în bune condiții oricare dintre obligațiile ce-i revin.", contestatoarea cerând eliminarea ei, cu mențiunea ca denunțarea unilaterală nu poate interveni în situația neexecutării obligației contractuale, caz în care se poate vorbi despre rezilierea contractului.

Potrivit art. 1.276 din Codul civil:

„(1) Dacă dreptul de a denunța contractul este recunoscut uneia dintre părți, acesta poate fi exercitat atât timp cât executarea contractului nu a început.

(2) În contractele cu executare succesivă sau continuă, acest drept poate fi exercitat cu respectarea unui termen rezonabil de preaviz, chiar și după începerea executării contractului, însă denunțarea nu produce efecte în privința prestațiilor executate sau care se află în curs de executare.

(3) Dacă s-a stipulat o prestație în schimbul denunțării, aceasta produce efecte numai atunci când prestația este executată."

De asemenea, conform art. 1.552 din Codul civil:

„(1) Rezoluțiunea sau rezilierea contractului poate avea loc prin notificarea scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere.

(2) Declarația de rezoluțiune sau de reziliere trebuie făcută în termenul de prescripție prevăzut de lege pentru acțiunea corespunzătoare acestora.

(4) Declarația de rezoluțiune este irevocabilă de la data comunicării ei către debitor sau, după caz, de la data expirării termenului prevăzut la alin. (1)."

Văzând dispozițiile Codului civil și ipoteza autorității contractante din clauza 29.3, respectiv furnizorul nu își îndeplinește la timp și în bune

condiții oricare dintre obligațiile ce-i revin, Consiliul stabilește că sancțiunea asupra căreia părțile convin ca poate fi aplicată este rezilierea contractului, nicidecum denunțarea lui unilaterală de către autoritatea contractantă, ce presupune o altă premisă în vederea legalei incidențe.

Drept urmare, autoritatea contractantă urmează a modifica această clauza 29.3, îngrijindu-se ca, în urma modificării, să o integreze în ansamblul celorlalte clauze din modelul de contract.

Și în privința clauzei 29.4 (*„Prin denunțarea unilaterală a contractului de către Achizitor în cazul apariției unor circumstanțe care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului și cu condiția ca acesta să notifice furnizorul.”*), Consiliul stabilește că se impune modificarea ei în sensul precizării tipului de circumstanțe pe care autoritatea contractantă le are în vedere pentru denunțarea contractului, actuala formulare lăsând loc arbitrariului și afectând securitatea juridică a raportului dintre părțile semnatare ale contractului. De asemenea, clauza trebuie să prevadă că respectivele circumstanțe afectează în mod semnificativ și insurmontabil derularea contractului, altfel părțile având sarcina de a depune toate diligentele în vederea depășirii situației care ar putea afecta existența contractului.

Consiliul înțelege nevoia autorității contractante de a se asigura de îndeplinirea contractului, de către furnizor, în termenii și condițiile sale, și de a avea la îndemână instrumentele juridice care să îi permită încetarea contractului în condiții dezavantajoase, însă contextul creat pentru satisfacerea acestei nevoi, prin stabilirea clauzelor contractuale, nu trebuie să creeze premisele arbitrariului, subiectivității, încălcării securității juridice a poziției contractuale a furnizorului.

O altă clauză a cărei modificare este cerută prin contestație este clauza 30.4 care prevede ca *„Partea contractantă care invocă forța majoră are obligația de a notifica celelalte părți, imediat și în mod complet, producerea acestora și să ia orice măsuri care îi stau la dispoziție în vederea limitării consecințelor.”* Cu privire la aceasta se solicită menționarea faptului că notificarea va fi realizată imediat ce este posibil, după luarea la cunoștință a evenimentului sau a consecințelor acestuia asupra executării contractului.

Consiliul stabilește că, dat fiind caracterul excepțional al forței majore, se impune ca obligația de notificare a părții, cu toată diligența unui bun partener contractual, în mod imediat, raportat la posibilitatea obiectivă, reală a părții de a face. Termenul „imediat”, în contextul unei cauze de forță majoră, trebuie nuanțat raportat la specificul obiectiv al unui eveniment de asemenea natură, cu atât mai mult cu cât, partea, interesată pentru notificarea imediată a contractantului sau, să fie în imposibilitate obiectivă, materială, de a o face. În consecință, urmează ca autoritatea contractantă să modifice această clauză în acord cu cele evocate de Consiliu.

Cat privește clauza 30.5 (*„Dacă forța majoră acționează sau se estimează că va acționa o perioadă mai mare de 5 zile, fiecare parte va avea dreptul să notifice celelalte părți încetarea deplin drept a prezentului*

contract, fără ca vreuna din părți să poată pretinde celeilalte daune-interese.”), Consiliul retine ca justificarea autorității, adusă termenului de 5 zile în care forța majoră acționează sau se estimează că va acționa, respectiv ca termenul este proporțional cu durata contractului, nu poate fi primită. Astfel, potrivit punctului II.2.7 din anunțul de participare, durata contractului este de 12 luni. Or, a aprecia că o perioadă de 5 zile în care forța majoră acționează sau se estimează că va acționa este proporțională cu cele 365 de zile ale contractului, fără o dovadă concretă a aprecierii acestei pretinse proporționalități, lipsește de seriozitate clauza astfel impusă de autoritate. Mai mult, obligația părților este de a depune diligentele necesare pentru salvarea contractului, chiar în contextul intervenției unei cauze de forța majoră, graba de a înceta contractul după numai 5 zile de producere a unei astfel de stări excepționale, nefiind justificată.

Drept urmare, Consiliul stabilește în sarcina autorității contractante obligația de a modifica această clauză în sensul stabilirii unui termen serios, la împlinirea căruia să se pună problema încetării raportului contractual, cel de 15 zile, regăsit în modelul de documentație standard elaborat de ANAP, fiind cel minim de la care autoritatea urmează a aprecia.

Având în vedere că depunerea ofertelor este stabilită pentru data de 14.07.2020 și dat fiind faptul ca prin prezenta decizie sunt aduse modificări multiple documentației de atribuire, Consiliul stabilește că este necesară stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor, cu asigurarea unui interval de timp suficient în vederea informării celor interesați cu privire la modificările survenite în documentația de atribuire și în vederea pregătirii, elaborării și prezentării ofertelor, în acord regulile astfel modificate ale documentației.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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 National de Soluționare a Contestărilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să modifice documentația de atribuire în sensul celor exprimate în achiesările formulate și a celor indicate în motivarea prezentei decizii ca urmare a soluționării contestației depuse de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL, să aducă modificările realizate la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SICAP și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât să se asigure o perioadă suficientă elaborării și prezentării de oferte în acord cu modificările survenite în cuprinsul documentației de atribuire.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt

întemeiate, autoritatea contractanta chiar achiesând solicitărilor privind puterea nominală și cuplul motor pentru autobuzele din gama 18 m, astfel încât Consiliul va admite cererea de intervenție depusă de SC BMC TRUCK & BUS SA.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează referitor la contestația depusă de SC BMC TRUCK & BUS SA:

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 SC BMC TRUCK & BUS SA solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere în sensul eliminării/modificării unor elemente din documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 207/28.05.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 21004/28.05.2020, SC BMC TRUCK & BUS SA precizează că „spre a evita ca CNSC să se pronunțe de două ori asupra aceluiași motiv, renunță la contestația sa, considerând totodată întemeiată contestația depusă de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL...”.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (8) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, potrivit cărora „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul ia act de renunțarea la contestația formulată de SC BMC TRUCK & BUS SA în contradictoriu cu MUNICIPIUL SIBIU.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL în contradictoriu cu MUNICIPIUL SIBIU.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să modifice documentația de atribuire în sensul celor exprimate în achiesările formulate și a celor indicate în motivarea prezentei decizii ca urmare a soluționării contestației depuse de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL, să aducă modificările realizate la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea lor în SICAP și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât să se asigure o perioadă suficientă elaborării și prezentării de oferte în acord cu modificările survenite în cuprinsul documentației de atribuire.

Încuviințează în principiu și admite cererea de intervenție depusă de SC BMC TRUCK & BUS SA cu privire la contestația formulată de SC OTOKAR EUROPE Filiala București SRL.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de SC BMC TRUCK & BUS SA în contradictoriu cu MUNICIPIUL SIBIU.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

**PREȘEDINTE,
MARIA GHEORGHE**



**MEMBRU,
ADRIANA VÂNCICĂ**

**MEMBRU,
DANIEL ȘERBAN**

Redactată în 5 exemplare, conține 50 pagini.