



CXSC 29506/14.05.2024

# CABINET DE AVOCAT CONSTANTIN MARIUS

Slobozia, B-dul Cosminului, Bl. BN3, parter, Jud. Ialomita

Mobil 0762 57 00 22 • E-mail avmariusconstantin@gmail.com

C.N.A.I.R. S.A. BUCUREȘTI  
DIRECȚIA REGIONALĂ DE  
DRUMURI ȘI PODURI  
Str. Prelungirea Traian EN  
CONSTANȚA

INTRARE / IESIRE ..... 20186  
Ziua 14 Luna 05 An 2024

Nr.1148/04.05.2024

Către,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,  
București, Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Telefon: +40 213104641 /  
+40 213104672 / +40 213104673, Fax: +40 213104642 / +40  
218900745,  
email: office@cnsr.ro

14 MAI 2024  
Achițiții

În atenția Domnului Președinte Bogdan Marius Boghiu

Spre știință,

COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE  
S.A. prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri CONSTANȚA,  
Adresa: Mun Cta, str Prelungirea Traian, fără număr, județ Constanta, cu  
sediul temporar la Centrul de Coordonare și Intretinere (CIC) Poiana, Nod  
Rutier A4 DC 89, Autostrada A4, Km 5+644, Oras Ovidiu, Judet Constanta.  
Adresa de corespondenta: Mun Cta, Oficiul Postal 6, casuta Postala  
626.(valabil exclusiv pentru corespondenta transmisa prin Posta Romana);  
Localitate: Constanta; Cod Postal: 900716; Tara: Romania; Codul NUTS:  
RO223 Constanta; Adresa de e-mail: teodora.chirica@andnet.ro; Nr de  
telefon: +40 0241581540; Fax: +40 0241584371;

Ref: Anunț de participare nr. CN1068543/07.05.2024  
„Întreținere curenta pe timp de iarnă -DRDP-Constanta - SDN  
Constanta - Acord cadru 4 ani”

## DOMNULE PREȘEDINTE,

Subscrisa, OYL COMPANY HOLDING AG S.R.L., cu sediul în Slobozia, str. Brăilei, nr. 1, județul Ialomița, cu număr de înmatriculare la Registrul Comerțului J21/275/2006, CIF- RO18741783, reprezentată legal prin Administrator Ing.Dipl. Micșa Ion-Sorin și convențional prin avocat Constantin Marius, conform împuternicirii avocațiale anexate, cu sediul ales la S.C. OYL COMPANY HOLDING AG S.R.L., unde vă solicităm să transmiteți toate documentele soluționării prezentei contestații, în calitate de potențial ofertant în cadrul procedurii de atribuire sus-menționate, în temeiul prevederilor art. 2 alin. 1, art. 4 alin. 1 lit.a), art. 8 alin. 1, art. 10 și art. 26 alin. 2 din Legea 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, și în termen legal, formulăm prezenta:

## C O N T E S T A Ţ I E

În cadrul procedurii de atribuire (licitație deschisă) având ca obiect „Întreținere curentă pe timp de iarnă -DRDP-Constanța – SDN Constanța - Acord cadru 4 ani”, organizată de către Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A. prin **Directia Regională de Drumuri și Poduri Constanța**, Adresa: Prin DRDP-Constanța -cu sediul în Mun Cta, str Prelungirea Traian, fără număr, județ Constanța, cu sediul temporar la Centrul de Coordonare și Întreținere (CIC) Poiana, Nod Rutier A4 DC 89, Autostrada A4, Km 5+644, Oraș Ovidiu, Județ Constanța. Adresa de corespondență: Mun Cta, Oficiul Postal 6, căsuța Poștală 626.(valabil exclusiv pentru corespondența transmisă prin Posta Română); Localitate: Constanța; Cod Postal: 900716; Țară: România; Codul NUTS: RO223 Constanța; Adresa de e-mail: teodora.chirica@andnet.ro; Nr de telefon: +40 0241581540; Fax: +40 0241584371, solicitându-vă ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți:

**A. Suspendarea procedurii de atribuire în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr.101/2016 până la pronunțarea deciziei pe fond;**

**B. Pe fond:**

**1. În principal, obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, conform motivării prezentei contestații;**

**2. În subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în temeiul art. 26 alin.(2) lit. c și alin. 7 din Legea nr. 101/2016, în cazul în care Onoratul Consiliu admitând contestația subscrisei, consideră că remedierea documentației de atribuire nu este posibilă în acest stadiu al procedurii (nu a fost suspendată procedura de atribuire anterior datei limită de depunere a ofertelor).**

În susținerea prezentei arătăm următoarele:

### **În fapt**

Autoritatea contractantă a publicat în S.E.A.P. anunțul de participare nr. **CN1068543** la data de **07.05.2024**, prin care a adus la cunoștința operatorilor economici interesați organizarea procedurii de licitație *online*, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect – **„Întreținere curentă pe timp de iarnă -DRDP-Constanța – SDN Constanța - Acord cadru 4 ani”** (denumită în continuare „*procedura de atribuire*”).

Subscrisea asocierea **OYL COMPANY HOLDING AG S.R.L.**, în calitate de potențial ofertant în cadrul procedurii de atribuire sus-menționate, am studiat **documentația de atribuire** publicată de către autoritatea contractantă prin intermediul S.E.A.P. și am constatat faptul că **aceasta conține specificații tehnice restrictive, interzicerea de facto a posibilității de a depune ofertă cu auto-utilaje sau echipamente închiriate, transformarea ilegală a acordului-cadru și a contractelor subsecvente previzionate din contracte comutative în contracte aleatorii, încălcarea prevederilor art. 222<sup>2</sup> alin. 3 și 9 din Legea 98/2016, precum și clauze abuzive ale contractului de achiziție publică.**

Urmare acestei prezentări a situației de fapt, subscrisea a considerat necesară Investirea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu prezenta contestație în vederea soluționării acestei cauze conform următoarelor:

## M O T I V E:

### Pe fond

#### Cu privire la suspendarea procedurii de atribuire

În conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la data primirii cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației.

Din cadrul documentației de atribuire publicate în SEAP, am observat **cel puțin următoarele prevederi ilegale** în cadrul acesteia:

a. **Întocmirea restrictivă a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini**, exemplificativ:

i. Se acceptă doar ofertarea de **răspânditoare de material antiderapant actionate cu sistem hidraulic cu motor auxiliar** pentru prestarea serviciilor de dezăpezire, **interzicându-se expres ofertarea de alte tipuri de acționare pentru aceste echipamente, cu funcționalitate identică, dar mai puțin poluante**, restrângându-se astfel grav concurența între operatorii economici interesați de participarea la procedură și **încălcându-se corelativ prevederile Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice - AND 525/2013 referitoare la specificațiile tehnice aferente auto-utilajelor și echipamentelor de dezăpezire**, act normativ emis chiar de achizitor;

ii. **Modul de defalcare a tarifelor de acționare, respectiv, de staționare din caietul de sarcini, exclude de facto posibilitatea de depune ofertă cu auto-utilaje sau echipamente pentru dotarea acestora închiriate sau preluate în leasing financiar sau operațional**, restrângându-se astfel grav concurența între operatorii economici interesați de participarea la procedură, în condițiile în care defalcările obligatorii momentan de tarife (s.n. am solicitat prin contestație ca această defalcare să devină orientativă, în funcție de modalitatea de deținere a fiecărui ofertant, respectiv, de „elementele constructive” ale tarifelor aplicabile acestuia);

b. **Transformarea ilegală a acordului-cadru și a contractelor subsecvente previzionate, din contracte comutative**, în sensul art. 1173 alin. 1 Cod Civil coroborat cu art. 154 alin. 1 din Legea 98/2016 și art. 20 alin. 2 și 3 din HG 395/2016, **în contracte aleatorii**, în sensul art. 1173 alin. 2 Cod Civil (s.n. în condițiile în care, întreaga legislația în domeniul achizițiilor publice **descrie contractul de achiziție publică ca un contract comutativ, în care întinderea drepturilor, obligațiilor și, corelativ, a riscurilor pe care și le asumă ambii co-contractanți sunt definite clar, complet și precis** prin documentația de atribuire și eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire publicate de achizitor în SEAP anterior datei limită de depunere a ofertelor), prin clauza 4.2.7. din caietul de sarcini, **„În situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata acestora se va conforma pentru doar 8 ore din 24, tarif de staționare.”**, cu toate că, în conformitate cu clauza 4.2.3. din același caiet de sarcini, prestatorul înregistrează aceleași costuri de staționare și pe perioada

celorlalte 16 ore din zi, **utilajele și deserventii acestora rămânând obligatoriu la dispoziția achizitorului, fără plată, „4.2.3. În perioadele de timp, în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul deservent cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne la dispoziția beneficiarului.”**. Ori, **oferantilor le este interzis să ofere și să presteze servicii în pierdere, sub costul propriu, sub sancțiunea respingerii ofertelor ca neconforme**, conform prevederilor art. 210 din Legea 98/2016 coroborat cu art. 136 din HG 395/2016;

c. **Formula de ajustare a pretului din documentatia de atribuire încalcă prevederile art. 222 indice 2 alin. 3 și 9 din Legea 98/2016, „(3) Autoritatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.... (9) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.”, nefiind aplicabilă și în primele 12 luni de derulare a acordului-cadru, conform principiului de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*;**

d. **O serie de clauze abuzive, în sensul prevederilor art. 12-15 din LEGEA nr. 72 din 28 martie 2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, exemplificativ:**

i. **Emiterea facturii fiscale, după prestarea serviciilor și confirmarea acestora, este condiționată de identificarea sursei de finanțare de către achizitor, deși legal, sursa de finanțare trebuie să existe ca și condiție de legalitate a încheierii contractului subsecvent;**

ii. **Termenul de plată al facturii fiscale depășește maximumul legal de 30 de zile de la data emiterii;**

iii. **Se dublează penalitățile de întârziere, calculate ca procent per zi de întârziere, cu daunele interese în sumă fixă, pentru același eveniment/abatere;**

Față de aceste aspecte sesizate de către subscrisa, prin continuarea procedurii de atribuire până la data soluționării contestației **poate conduce la imposibilitatea adoptării unor măsuri de remediere a procedurii, existând riscul anulării acesteia și nesoluționarea prezentei contestații.**

În situația în care ofertele ar fi depuse și ar fi necesară remedierea documentației de atribuire, singura măsură la dispoziția CNSC ar fi **anularea procedurii, măsură care nu profită nicluneaia dintre părți.**

Prin continuarea procedurii ar putea fi afectate atât Interesele subscriselî cât și cele ale autorității contractante, interesul public fiind acela de derulare și finalizare a unei procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale și a principiilor din materia achizițiilor publice, aspect ce concordă cu condițiile cumulative de admisibilitate a unei cereri de suspendare.

În aceste condiții, suspendarea procedurii de atribuire se justifică din prisma următoarelor motive:

- *pe de o parte*, de existența **cazului temeinic justificat**, care este reprezentat de obiectul contestatelor, respectiv, însăși documentația de atribuire a cărei legalitate suscrisa o contestăm prin prezenta acțiune;

În jurisprudența sa constantă<sup>1</sup>, secția de contencios administrativ a Înaltei Curți a reținut că pentru conturarea cazului temeinic justificat care să impună suspendarea unui act administrativ, instanța nu trebuie să procedeze la analizarea criticilor de nelegalitate pe care se întemeiază însăși cererea de anulare a actului administrativ, ci trebuie să-și limiteze verificarea doar asupra acelor împrejurări vădite de fapt și/sau de drept care au capacitatea să producă o îndoială serioasă asupra prezumției de legalitate de care se bucură un act administrativ.

Astfel de împrejurări vădite, de fapt sau/și de drept care sunt de natură să producă o îndoială serioasă cu privire la legalitatea unui act administrativ au fost reținute de Înalta Curte ca fiind cazul temeinic justificat.

În speță, după cum rezultă din analiza sumară a motivelor de nelegalitate invocate de către suscrisa, rezultă fără putință de tăgadă o aparență de nelegalitate a documentației de atribuire, fapt suficient pentru a se considera îndeplinită cerința cazului temeinic justificat.

- *pe de altă parte*, de existența **pagubei iminente** susceptibilă de a se produce prin continuarea procedurii de atribuire și prin depunerea ofertelor de către diferiți operatori economici prin raportare la o documentație de atribuire vădit nelegală și care este supusă cenzurii Consiliului;

Practic, potențialii ofertanți vor fi descurajați<sup>2</sup> să participe la această procedură având în vedere multitudinea cerințelor restrictive și nelegale

De asemenea, dacă procedura de atribuire va avansa mai mult și autoritatea contractantă va începe evaluarea ofertelor, iar ulterior contestația s-ar admite, în speță, vor deveni aplicabile prevederile art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, care impun anularea procedurii de atribuire în situația în care Consiliul dispune modificarea unor cerințe, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, raportat la prevederile legale aplicabile, citate anterior, **având în vedere că sunt îndeplinite cele 2 (două) condiții legale pentru admiterea unei cereri de suspendare** (justificarea temeinică și necesitatea prevenirii unei pagube iminente) vă solicităm admiterea cererii și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a prezentei contestații.

<sup>1</sup> I.C.C.J., secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 442 din 30 ianuarie 2013, [www.scj.ro](http://www.scj.ro), [www.idrept.ro](http://www.idrept.ro).

<sup>2</sup> Distorsionarea concurenței, prin participarea unui număr mai mic de ofertanți, este tratată și de jurisprudența europeană, obligatorie pentru statele membre, a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE). Menționăm în acest sens doar câteva spețe care tratează fondul contestației noastre:

- Hotărârea din 25 octombrie 2018, „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, punctele 32-41;
- Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, punctul 26;
- Hotărârea din 23 decembrie 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), C-305/08, punctul 37.

## **Cu privire la documentația de atribuire**

Solicităm obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire sub următoarele aspecte:

**1. Eliminarea din art. 4.1.1. Dotări obligatorii necesare pentru utilaje al Caietului de sarcini,** și orice alt document parte a prezentei documentații de atribuire, a cerinței restrictive „*sistemul de funcționare al răspânditorului de material să fie comandat exclusiv din cabină cu sistem hidraulic cu motor auxiliar. Nu se acceptă ca echipamentul RSP să fie antrenat cu roata ajutătoare pe sol, sau de roata mașinii.*”, pentru următoarele considerente:

Onorat Consiliu, această condiție limitează accesul ofertanților specializați în domeniu și este contrară principiului liberei concurențe dar și legislației în materie potrivit căreia este precizat în mod clar următoarele:

### **Legea nr. 98/2016**

#### **art. 50, alin. (1) și (2)**

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

*În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori denunța în mod nejustificat anumiți operatori economici.”*

#### **art. 155, alin. (1) și alin. (6)**

*„Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care obiectul achiziției.*

*Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să albească ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”*

#### **art.189, alin(2)**

*(2)În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare*

### **H.G. nr. 395/2016**

#### **art. 32, alin. (2) și (8), lit. b)**

*„(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.*

*(8)Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:*

*b)nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.”*

Din interpretarea textelor de lege mai sus citate rezultă că, **autoritatea contractantă are dreptul de a impune** prin documentația de atribuire o serie de **specificatii tehnice fără ca acestea din urmă să conducă la restrângerea în mod nejustificat a concurenței și să reflecte un avantaj** pe care autoritatea îl poate obține și în cadrul căreia să poată depune oferte și alți operatori economici interesați, specializați în domeniu, **în caz contrar fiind incidente inclusiv prevederile art. 8 alin.(1) din Legea nr.21/1996** potrivit cărora:

*„Sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își delegă atribuțiile, care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, precum:*

- a) limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale;*
- b) stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor.”*

Cerința este restrictivă în mod nejustificat și limitează, fără o motivare concretă, accesul operatorilor interesați la procedură. Tipul de echipament RSP acceptat de autoritate se restrânge în mod automat prin eliminarea echipamentului antrenat cu roată ajutătoare pe sol sau de roata mașinii, prin această limitare autoritatea favorizând practic doar anumiți producători din piață, în detrimentul unei concurențe libere.

Prin urmare, **în lipsa unei justificări specifice** pentru refuzul autorității de a accepta și echipament RSP cu roată ajutătoare pe sol sau antrenat de roata mașinii, care să fie coroborată și cu necesitatea autorității pentru această achiziție de servicii, **devin incidente prevederile art. 50 Legea 98/2016 iar refuzul de a accepta astfel de echipamente**, fără o motivare concretă, reprezintă un obstacol nejustificat în asigurarea unei concurențe efective, **contrar prevederilor art. 155 alin. (6) ale aceluiași cadru legal.**

Vă solicităm să rețineți în soluționare de asemenea faptul că **limitarea nejustificată a tipului de echipament RSP** acceptat de Autoritatea Contractantă **excedă inclusiv Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice – Indicativ AND 525/2013**, parte a documentației de atribuire prin care autoritatea contractantă a precizat faptul că: „Activitatea de întreținere pe timp de iarnă se va efectua în conformitate cu prevederile „Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice ” – indicativ AND nr. 525/2013” și astfel cerința, astfel cum a fost formulată, este de restrângere, în mod nejustificat, concurența.

Atât în **Tabelul 2** din *„Normativul privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice Indicativ AND 525/2013”*, act normativ emis chiar de achizitor, cât și în **Secțiunea a 4-a, cap. 4.1, litera a) și c)** din prezentul caiet de sarcini, cerința cu privire la răspânditoarele de materiale antiderapante este că „Echipamentele trebuie să fie acționate de la pupitre montate în cabina autovehiculelor”, fără a se face nici o precizare restrictivă, de tipul celei contestate cu privire la modul de angrenare/functionare al acestora, hidraulic sau cu motor auxiliar, deoarece, în situația echipamentelor angrenate hidraulic, atât răspânditoarele acționate (antrenate) pe roata mașinii cât și cele acționate (antrenate) pe sol pot să fie acționate de la pupitre montate în cabina autovehiculelor, astfel cum prevede AND 525/2013.

Din perspectivă tehnică, raportată la obiectul Acordului-cadru de achiziție publică ce se dorește a se atribui, este irelevant dacă echipamentul de RSP este antrenat cu roată ajutătoare pe sol sau de roata mașinii, neexistând vreo diferență, nici financiară și, mai ales, nici de prestare optimizată a serviciului de dezăpezire.

Sistemul hidraulic al răspânditorului este compus din câteva hidromotoare angrenate de o pompă hidraulică ce poate fi antrenată, după caz, de motor auxiliar, de motorul mașinii purtătoare, de roata mașinii purtătoare sau de roata ajutătoare pe sol, neexistând nici o diferență în funcționarea răspânditorului, calitatea serviciilor de dezăpezire prestate, indiferent de modul de antrenare a pompei hidraulice

**Mai mult**, deși în cadrul documentației de atribuire, **autoritatea contractantă a prevăzut reducerea poluării** prin norma de poluare mai performantă a auto-utilajelor, tot aceasta, **prin redactarea acestei cerințe, solicită o dotare suplimentară (un al doilea motor)** care este **o sursă de poluare suplimentară și care NU respectă caracterul acestei proceduri de atribuire și strategia de contractare, nefiind în concordanță cu factorul de evaluare cu pondere de 25% „Norma de poluare a utilajelor (NP)”**,

Prin urmare, este evident faptul că **cerința restricționează grav concurența liberă între operatorii economici în cadrul prezentei proceduri de atribuire, este contrară Normativului privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice Indicativ AND 52512013, act normativ emis chiar de achizitor reușind totodată să invalideze factorul de evaluare „ecologic” din cadrul acesteia, cu pondere 25%, „Norma de poluare a utilajelor (NP)”**, relevantă în prezenta speță fiind și următoarea jurisprudență CJUE:

**Hotărârea din 25 octombrie 2018, „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, punctele 32-41** prin care s-au statuat următoarele:

*„32 Printre altele, la articolul 42 alineatul (2) din Directiva 2014/24 se impune ca **specificațiile tehnice să permită accesul egal al operatorilor economici la procedura de achiziție și să nu aibă efectul de a crea obstacole nejustificate în calea deschiderii către concurență a achizițiilor publice.** (s.n. nu este clar ce beneficii dorește să obțină achizitorul, de exemplu, prin **specificațiile tehnice restrictive impuse pentru răspânditorul de material antiderapant**, serviciul de dezăpezire prestat fiind același, indiferent de principiul de acționare al echipamentului);*

*33 Această cerință concretizează, în scopul formulării specificațiilor tehnice, **principiul egalității de tratament** care figurează la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din directiva menționată. Potrivit acestei dispoziții, .*

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

*35 În plus, se precizează la articolul 18 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 că **o achiziție nu poate fi concepută cu intenția de***



**excludere a acesteia din domeniul de aplicare al directivei mentionate sau de restrângere artificială a concurenței și că se consideră că se restrânge artificial concurența în cazul în care achiziția este concepută cu intenția favorizării sau a dezavantajării nejustificate a anumitor operatori economici.**

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

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

38 Desigur, după cum rezultă din articolul 42 alineatul (4) din Directiva 2014/24, este posibil, cu titlu excepțional, în cazul în care nu este posibil să se furnizeze o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a obiectului contractului de achiziții publice în conformitate cu articolul 42 alineatul (3) din această directivă, să se facă referire la un anumit producător, la o anumită origine sau la un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic ori la o marcă sau la un brevet, în măsura în care obiectul contractului justifică acest lucru, iar condițiile stabilite în acest scop de Directiva 2014/24 sunt respectate, în special ca o astfel de referire să fie însoțită, în documentele contractului de achiziții publice, **de termenii „sau echivalent”.** Cu toate acestea, având în vedere natura derogatorie a acestei dispoziții, **condițiile în care autoritatea contractantă poate utiliza o asemenea posibilitate trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte.**

39 Astfel, potrivit jurisprudenței în domeniul contractelor de achiziții publice de bunuri, **faptul de a nu adăuga mențiunea „sau echivalent” după desemnarea, în caietul de sarcini, a unui produs determinat poate nu numai să descurajeze operatorii economici care utilizează sisteme similare acestui produs să participe la cererea de ofertă, ci și să împiedice fluxul de importuri în comerțul transfrontalier în Uniune, rezervând piața doar acelor furnizori care își propun să utilizeze produsul indicat în mod specific (a se vedea în acest sens Ordonanța din 3 decembrie 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, punctul 22 și jurisprudența citată).**

40 Având în vedere elementele care precedă, **revine instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă, ținând seama de marja de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili specificațiile tehnice potrivit cerintelor calitative în funcție de obiectul contractului în cauză,**

**caracterul deosebit de detaliat al specificațiilor tehnice în discuție în litigiul principal nu conduce la favorizarea în mod indirect a unui ofertant.**

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

Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, punctul 26 în care s-au reținut următoarele:

**„În acest context al unei piețe interne unice și al unei concurențe efective, este în interesul dreptului comunitar să se asigure o participare cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă.”;**

Hotărârea din 23 decembrie 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), C-305/08, punctul 37 **„Astfel, Curtea a hotărât că unul dintre obiectivele normelor comunitare în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil (a se vedea printre altele în acest sens Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, citată anterior, punctul 39) și că este în interesul dreptului comunitar să se asigure participarea cât mai largă posibil a ofertanților la o cerere de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, nepublicată încă în Repertoriu, punctul 26). Trebuie adăugat, în această privință, că această deschidere spre concurență cât mai extinsă posibil este avută în vedere nu numai prin raportare la interesul comunitar în materia liberei circulații a produselor și a serviciilor, ci și în interesul propriu al autorității contractante implicate, care va dispune astfel de o alegere mai largă în ceea ce privește oferta cea mai avantajoasă și cea mai adaptată nevoilor publicului vizat.”.**

Având în vedere toate aceste considerente, vă solicităm să eliminarea din caietul de sarcini și orice alt document parte a prezentei documentații de atribuire a condiției contestate.

**2. Eliminarea din art. 4.2. Tarife, elemente constitutive ale tarifului al Caietului de sarcini, și orice alt document parte a prezentei documentații de atribuire, a cerinței ilegale „În situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baza depășește 72 de ore consecutive, plata acestora în continuare se va confirma și efectua pentru doar 8 ore din 24, la tarif de staționare. Calculul pentru cele 72 de ore se va efectua începând cu ultima oră de acțiune confirmată.”,** având în vedere următoarele considerente:

Potrivit documentației de atribuire, respectiv Cap. 4.2 din Caietul de Sarcini și din modelul de Contract subsecvent de servicii de dezăpezire, **în situația în care în perioada de staționare pentru utilajele staționate în bază va depăși 72 de ore consecutive, plata orelor de staționare în continuare se va confirma și efectua doar pentru 8 ore din cele 24 de ore de staționare,** în condițiile în care în aceeași secțiune din Caietul de Sarcini se prevede în mod expres că, în perioadele de timp în care condițiile meteo — rutiere vor fi favorabile, **atât personalul deservent, cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne în bază, la dispoziția beneficiarului, pregătite să intervină, respectiv:**

- punctul 4.1 din Caietul de Sarcini (pag 6) se menționează că, asigurarea permanenței pe perioada contractului și / sau ordinele emise, este în responsabilitatea Prestatorului și va fi conform legislației în vigoare, iar utilajul cu operatorul / conducătorul auto (deservent) va fi la dispoziția beneficiarului, pregătite să intervină.
- punctul 5.1.2, — Perioada de desfășurare a prestațiilor, conform "Normativ privind prevenirea și combaterea înzăpezirii drumurilor publice" — indicativ AND nr. 525/2013, este cuprinsă pe perioada anului I, II, III și IV astfel: 20.10 anul curent — 31.03 anul următor (de la momentul intrării în vigoare a Ordinului de intrare în baza de dezăpezire până la Ordinul de ieșire din baza de dezăpezire)

Cu alte cuvinte, deși de la data intrării în vigoare a Ordinului de intrare în baza de dezăpezire și până la Ordinul de ieșire din baza de dezăpezire, ofertantul este obligat să mențină utilajele de dezăpezire, cât și deservenții care le operează la dispoziția autorității contractante, aceasta din urmă intenționează să achite servicii doar pentru 8 ore din cele 24 de staționare dacă perioada de staționare va depăși 72 de ore consecutive de la ultima oră de acționare a utilajului confirmată.

Onorat Consiliu, **în situația în care, atât prevederile de mai sus ale documentației de atribuire, prevăd în mod expres faptul că asigurarea permanenței pe perioada contractului și/sau ordinele emise, este în responsabilitatea Prestatorului și va fi conform legislației în vigoare, iar utilajul cu operatorul/conducătorul auto (deservent) va fi la dispoziția beneficiarului, pregătite să intervină, aspect confirmat de formularul de ofertă financiară publicat de către entitatea contractantă pe S.E.A.P. (Anexele 2A și 2B) în care însăși entitatea contractantă a luat în calcul 24 ore pe zi pentru aceste utilaje în vederea determinării valorii estimate a contractului, conform capturii de ecran de mai jos, este mai mult decât evident faptul că, prin menținerea unei astfel de cerințe, autoritatea contractantă **eludează** caracterul oneros al contractului de achiziție publică, respectiv prevederile **art. 3 alin.1 li.I) din Legea 98/2016: „I) contract de achiziție publică - contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și uno ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execu(ia de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii;”**.**

Necesar maxim de autoutilaje de dezăpezire pe SDN Constanța

Nr. crt.	Utilaj	Constanța			Tuzla			Zalău			Moldova			Coblești			București			Murfatlar			N. Bălcescu			Hârșova			Nerău			Tulcea			Nr. Utilaje	Total oră		
		Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.	Nr. util.	Nr. sch.	Oră/ sch.							
1	Utilaj nr.100 motorizat cu transmisie integrală și tracțiune	2	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	2	3	8	1	3	8	2	3	8	14	338		
2	Tractor de mare capac. de lucru	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	11	284		
3	ATV cu tracțiune	6	3	8	5	3	8	4	3	8	4	3	8	3	3	8	3	3	8	3	3	8	3	3	8	3	4	8	3	3	8	3	5	8	3	42	1008	
4	Buldoexcavator (la cerere)	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	11	178		
5	Tractor (la cerere)	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	1	3	8	11	284		
6	Automecișină (la cerere)	1	2	8																															1	16		
7	Autocamion (la cerere)	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	1	2	8	11	178		
8	Stufă preparare talci																																		0	0		
9	Autogrid (la cerere)	1	3	8																															1	24		
10	Autocamion	1	2	8																															1	16		
11	Autoturism 4x4																																		0	0		
12	Autocamion	1	3	8	1	3	8				1	3	8	1	3	8				1	3	8	1	3	8	1	3	8					1	3	8	8	192	
	<b>Total</b>	<b>15</b>			<b>11</b>				<b>9</b>				<b>10</b>				<b>9</b>				<b>8</b>				<b>9</b>					<b>11</b>			<b>8</b>		<b>12</b>		<b>111</b>	<b>2472</b>

De asemenea, autoritatea contractantă **încalcă principiile transparenței și dispozițiile art. 3 lit. z) din Legea 98/2016**, neasigurând **„o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”**, ceea ce este de natură a transforma acordul-cadru și contractele subsecvente previzionate **din contracte comutative**, în sensul art. 1173 alin. 1 Cod Civil coroborat cu art. 154 alin. 1 din Legea 98/2016 și art. 20 alin. 2 și 3 din HG 395/2016, **în contracte aleatorii**, în sensul art. 1173 alin. 2 Cod Civil (s.n. în condițiile în care, întreaga legislația în domeniul achizițiilor publice **descrie contractul de achiziție publică ca un contract comutativ**, în care **întinderea drepturilor, obligațiilor și, corelativ, a riscurilor pe care și le asumă ambii co-contractanți sunt definite clar, complet și precis** prin documentația de atribuire și eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire, publicate de achizitor în SEAP, anterior datei limită de depunere a ofertelor). Conform art. 1173 Cod Civil:

*“Articolul 1.173*

***Contractul comutativ și contractul aleatoriu***

***(1) Este comutativ contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă.***

***(2) Este aleatoriu contractul care, prin natura lui sau prin voința părților, oferă cel puțin uneia dintre părți șansa unui câștig și o expune totodată la riscul unei pierderi, ce depind de un eveniment viitor și incert.”***

În forma în care este redactat caietul de sarcini, suntem obligați în cazul în care vom fi desemnați câștigători, la acordarea de gratuități autorității contractante, în sensul, de a accepta neplata unor ore de staționare (16 ore din 24 ore consecutive, adică 66%), deși mijloacele de mecanizare și personalul deservent trebuie să fie la dispoziția autorității contractante 24 de ore din 24, în condițiile în care, tot în cadrul **art. 4.2. Tarife, elemente constitutive ale tarifului** al Caietului de sarcini, autoritatea contractantă solicită ca în cazul în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul cât și utilajele să rămână **OBLIGATORIU** la dispoziția sa, **„4.2.3 În perioadele de timp, în care condițiile meteo-rutiere sunt favorabile, atât personalul deservent cât și mijloacele de mecanizare vor rămâne la dispoziția beneficiarului.”**;

Astfel, autoritatea contractantă în situația în care dorește ca auto-utilajele și deservenții să fie la dispoziția sa chiar dacă acestea nu acționează o anumită perioadă de timp, atunci aceasta are obligația de a plăti contravaloarea serviciilor în totalitatea lor, **adică totalul orelor de staționare la dispoziția achizitorului;**

Fiind impusă prin caietul de sarcini, prezența atât a personalului, cât și a utilajelor, și fiind prevăzute tarife separate pentru orele de staționare, solicităm CNSC analizarea celor menționate și obligarea autorității contractante la eliminarea art. 4.2.7 a caietului de sarcini, respectiv la asumarea corelativă de plată a tuturor orelor efective de staționare la dispoziția achizitorului, indiferent de condițiile meteorologice, acestea aflându-se în afara sferei de control a ofertantului;

Nu în ultimul rând, arătăm că, **oferantilor le este interzis să ofere și să presteze servicii în pierdere, sub costul propriu, sub sancțiunea respingerii ofertelor ca neconforme**, conform prevederilor art. 210 din Legea 98/2016 coroborat cu art. 136 din HG 395/2016.

***De facto***, menținerea cerinței abuzive și ilegale „**În situația în care perioada de staționare pentru utilajele staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata acestora se va conforma pentru doar 8 ore din 24, tarif de staționare.**” echivalează cu **imposibilitatea depunerii vreunei oferte conforme în cadrul procedurii de atribuire**. Ne îndoim că acesta poate fi interesul legitim al achizitorului!

Mai mult, nu există posibilitatea depășirii fondurilor bugetare, a valorii estimate, dacă se elimina art. 4.2.7 din caietul de sarcini dat fiind că, atât calculul tarifelor, cât și anexele cu tarife din caietul de sarcini, din care reiese prețul final oferat, respectiv, valoarea estimată, ia în calcul toate orele din perioada de contract (24 de ore per zi x numărul de zile de acord-cadru, respectiv, de contracte subsecvente) întrucât, conform caietului de sarcini **Anexele 2B stabilesc „numărul maxim de ore de funcționare/tehnologice pentru fiecare utilaj în parte, precum și modul de închiriere (permanente/cerere)”, și acestea sunt calculate cu 24 ore/zi.**

În consecință, **calculul, este realizat pentru 24 ore/zi** iar programul de 24 ore este cel normat și **cel luat în calcul la întocmirea bugetului/valorii estimate, nu cel de 8 ore**. Astfel, dacă se acordă 24 ore de staționare, și nu 8, în caz de vreme bună, nu se depășește bugetul sau prețul contractului, ci doar se respectă metodologia de calcul pe care se vor baza ofertele depuse de operatorii economici;

Cu titlu exemplificativ, amintim **Deciziile CNSC nr. 320/C4/67,81 din data de 06.02.2012, nr. 6/2C9/5422 din data de 07.01.2014** care statuează în esență aceleași principii aplicabile prezentei spețe:

**„(...) 4-5-3. În situația în care perioada de staționare pentru mijloacele de mecanizare staționate în baze depășește 72 de ore consecutive, plata nu se va mai confirma și efectua la ora de staționare, ci numai 8 ore din 24, cu tarif tehnologic. (...)**

**Consiliul constată că autoritatea contractantă a încălcat în primul rând art. 3 lit. f) din OUG 34/2006, din care rezultă natura de contract oneros a contractului de achiziție publică, dorind să beneficieze de anumite acțiuni/obligații din partea contractantului cu titlu gratuit, respectiv pe care nu le va plăti integral sau parțial.**

**Totodată, a încălcat și normele legale imperative ale art. 2 alin. 2 lit. d) din ordonanța evocată, respectiv principiul transparenței, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică. (...). În cazul de față informațiile nu sunt în măsură să permită o informare completă și corectă cu privire la neplata pentru perioada de staționare a utilajelor și a personalului.**

**Față de cele mai sus prezentate, reiese că sunt întemeiate criticile contestatoarei și se impune revizuirea paragrafului 4-5-3.1, deoarece, în situația în care prestatorul va trebui să pună la dispoziția beneficiarului atât utilajele necesare, cât și personalul aferent, este justificată afirmația petentei că tarifarea se va face**

pentru perioada efectiv staționată. **Autoritatea contractantă va trebui fie să elimine paragraful analizat, fie să prevadă plata corespunzătoare pentru perioada de indisponibilizare a utilajelor și a personalului.**"

Așadar, *mutatis mutandis*, apreciem că se impune eliminarea condiției contestate din documentația de atribuire.

**3 Eliminarea din art. 4.2. Tarife, elemente constitutive ale tarifului** al Caietului de sarcini, și orice alt document parte a prezentei documentații de atribuire, a cerințelor restrictive și ilegale cu privire la „**elementele constructive**” ale tarifului de acționare, respectiv, ale tarifului de staționare (tehnologic), ce trebuie respectate la întocmirea ofertelor, pentru următoarele considerente:

Conform mențiunilor din cadrul articolului 4.2.7 din caietul de sarcini, „**elementele constructive**” ale tarifului de acționare, respectiv, ale tarifului de staționare (tehnologic), ce trebuie respectate la întocmirea ofertelor sunt expres și limitativ prevăzute ca fiind următoarele:

Tarifele unitare de acționare-staționare, se vor oferta în baza costurilor reale din piață, justificate pe elemente constructive, astfel:

Tarif acționare	Tarif staționare
• cheltuieli cu amortismentul	• cheltuieli cu amortismentul
• cheltuieli cu combustibilul	• cheltuieli salarizare
• cheltuieli cu lubrifianți	• taxe
• cheltuieli salarizare	• cheltuieli indirecte
• cheltuieli anvelope	• profit
• cheltuieli acumulatori	
• taxe	
• cheltuieli indirecte	
• profit	

Ofertanții vor păstra aceleași procente pentru cheltuielile indirecte și profit în cadrul fiecărui pret unitar ofertat.

**Per a contrario**, exemplificativ, din tabelul de mai sus, reiese implicit că **NU pot depune oferte operatorii economici care dețin auto-utilaje și/sau echipamente pentru dotarea acestora în chirie, leasing financiar sau leasing operational, chiria, respectiv, rata de leasing nefiind incluse printre „elementele constructive” ale tarifelor**, deși, **atât același caiet de sarcini** (s.n. „titlu de deținere: proprietate/inchiriate sau precontract, achiziție de utilaje/echipamente, etc.), **cât și Formularul nr. 8 - PROPUNEREA TEHNICA** (s.n. „Ofertanții vor include, în mod obligatoriu în Propunerea Tehnica, documente ce atestă dreptul la proprietate (cărți de identitate, facturi, contract de vânzare cumpărare, **contract de închiriere etc.**), precum și documente din care se rezultă specificațiile tehnice ale utilajelor.”), **permit expres aceste forme de deținere;**

Această cerință reprezintă **o gravă restrângere a concurenței**, prin participarea unui număr mai mic de ofertanți, în sensul **jurisprudenței europene, obligatorii pentru statele membre, a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE)**. Menționăm în acest sens doar câteva spețe, citate extensiv mai sus:

Hotărârea din 25 octombrie 2018, „Roche Lietuva” UAB, C-413/17, punctele 32-41;

Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, punctul 26;

Hotărârea din 23 decembrie 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), C-305/08, punctul 37;

Mai mult, de exemplu, pentru auto-utilajele și echipamentele preluate în chirie de către ofertant, acesta, în calitate de locatar, **nu are acces la o defalcare pe „elemente constructive” a tarifului de închiriere**, practica comercială unitară din domeniu fiind aceea a **contractelor de închiriere care includ toate costurile directe cu privire la auto-utilaje sau, după caz, echipamente închiriate, cu sau fără salariul deserventului inclus, în tariful orar de acționare, respectiv, în tariful orar de staționare (tehnologic) contractat între părți**, la care se adaugă în ofertă doar **procentele de cheltuieli indirecte și de profit specifice ofertantului**, acesta din urmă **neavând acces la politica de prețuri, respectiv, la structura de costuri, defalcată pe „elemente constructive” a locatorului/proprietarului, de multe ori cele 2 entități fiind concurente pe piață în cadrul altor proceduri de atribuire**, de lucrări, de exemplu;

Raportat la cele demonstrate mai sus, solicităm să obligați achizitorul la **eliminarea acestei cerințe restrictive cel puțin pentru auto-utilajele și echipamentele necesare dotării acestora închiriate de către ofertant**, deoarece limitează costurile care trebuie cuprinse în tarifele de acționare / staționare (tehnologic) și includ totodată informații/defalcări de costuri la care ofertantul, în calitate de locatar, nu are acces;

De asemenea, prin aceeași cerință autoritatea contractantă **încalcă principiile transparenței și dispozițiile art. 3 lit. z) din Legea 98/2016**, neasigurând **„o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”**, în sensul art. 154 alin. 1 din Legea 98/2016 și art. 20 alin. 2 și 3 din HG 395/2016, deoarece:

i) **Tariful de staționare (tehnologic) este descris greșit în caietul de sarcini, nefiindu-ne permis să cotăm în cadrul său toate cheltuieli directe ale ofertantului**, cum ar fi: **chiria/rata de leasing a auto-utilajelor și echipamentelor**, cazarea personalului deservent, amortizarea mijloacelor fixe, asigurarea obligatorie RCA a autovehiculelor și utilajelor, inspecția tehnică periodică ITP, rovinieta, probele tehnologice ale utilajelor pe perioada de staționare, chiria sau amortizarea pe clădirile folosite ca bază, chiria pe teren, Impozitele pe clădiri, terenuri și utilaje, montarea și operarea de aparate GPS, achiziția și abonamentele de telefonie mobilă, echipament de protecție, etc. Mai mult, reamintim că, până la o eventuală admitere a punctului anterior din contestația noastră, conform aceluiași caiet de sarcini, **tariful de staționare (tehnologic) va fi decontat doar în limita a 8 ore din 24 de ore dacă perioada de staționare a unui utilaj este mai mare de 72 de ore consecutive, ceea ce face imposibilă alcătuirea și**

**fundamentarea economică a acestuia, conform cerințelor actuale din caietul de sarcini;**

ii) **Tariful de acționare este descris greșit în caietul de sarcini, nefiindul ne permis să cotăm în cadrul său toate cheltuieli directe ale ofertantului,** cum ar fi: **chiria/rata de leasing a auto-utilajelor și echipamentelor**, cazarea personalului deservent, amortizarea mijloacelor fixe, asigurarea obligatorie RCA a utilajelor, inspecția tehnică periodică ITP, rovinietă, chiria sau amortizarea pe clădirile folosite ca bază, chiria pe teren, impozitele pe clădiri, terenuri și utilaje, montarea și operarea de aparate GPS, achiziția și abonamentele de telefonie mobilă, echipament de protecție, etc.

Reluând argumentele de la punctele anterioare, **desfășurarea unei activități comerciale în pierdere este interzisă sub sancțiunea respingerii ofertelor ca neconforme**, conform prevederilor art. 210 din Legea 98/2016 coroborat cu art. 136 din HG 395/2016;

Raportat la cele de mai sus, vă rugăm a obliga achizitorul să modifice aceeași cerință, indiferent de forma de deținere, în sensul că, **„elementele constructive” ale tarifelor de acționare / staționare (tehnologic) sunt orientative, trebuind descrise sau, după caz justificate, în cadrul ofertei în funcție de cheltuielile specifice fiecărui ofertant;**

În acest sens, cu titlu exemplificativ, prin **Deciziile CNSC nr. 320/C4/67,81 din data de 06.02.2012, nr. 622/C4/558, 567 din data de 13.03.2012, într-o spetă asemănătoare, Consiliul a reținut următoarele:**

Prin **Decizia CNSC nr. 320/C4/67,81 din data de 06.02.2012** s-a impus chiar CNAIR SA prin DRDP Cluj: **„remediarea documentației de atribuire, astfel încât să se specifice în mod clar că elementele constitutive ale celor două tarife (s.n. tarif de acționare și tarif tehnologic) sunt orientative, așa cum se arată în punctul său de vedere (s.n. al autorității contractante). Autoritatea contractantă nu are cum să stabilească modul de formare a prețului, după cum chiar ea susține...”;**

Prin **Decizia CNSC nr. 622/C4/558, 567 din data de 13.03.2012** s-a impus tot CNAIR SA prin DRDP Cluj, într-o procedură identică, **deoarece a ignorat autoritatea de lucru judecat a primei decizii a CNSC:** **„Față de cele mai sus prezentate, întrucât, prin modificările aduse documentației de atribuire, nu se specifică faptul că elementele constitutive ale tarifului tehnologic sunt orientative (s.n. prin măsurile de remediere adoptate ca urmare a primei decizii a CNSC, s-a făcut precizarea că elementele constitutive ale tarifului sunt orientative doar cu privire la tariful de acționare), Consiliul observă că sunt întemeiate criticile contestatoarei, autoritatea contractantă nerespectând întocmai cele stabilite în motivarea deciziei nr. 320/C4/67,81 din 06.02.2012. Rezultă că se impune remediarea documentației de atribuire, prin precizarea, în mod clar, că elementele constitutive ale tarifului tehnologic sunt orientative.”;**



**4 Eliminarea cerinței prevăzută la cap.5.1.8 din caietul de sarcini referitoare la condiția conform căreia „începând al doilea utilaj defect/bază sau punct de sprijin termenul de înlocuire se va reduce la maxim 4 ore.”**

Vă solicităm să rețineți în soluționare faptul că această condiție este excesivă și contrară principiului proporționalității și se impune a fi eliminată de dvs., deoarece reducerea termenului de înlocuire de la 8 ore, la maxim 4 ore, în situația în care este necesară înlocuirea unui al doilea utilaj defect/bază, pe lângă că reprezintă o condiție nejustificată, este și una excesivă și disproportională.

**În acest context, învederăm următoarele:**

- ✓ Participarea la prezenta licitație este posibilă pentru toți operatorii economici, fie ei cu sediul social în România sau în alte state membre ale Uniunii Europene. Astfel, trebuie avut în vedere că sediile sociale/punctele de lucru ale prestatorilor de servicii care pot obține atribuirea contractelor licitate, pot fi la o distanță mai mare de 4 ore față de baza/punctul de sprijin incident, sens în care, a priori, o atare condiție nu este fezabilă și nu poate fi respectată, fiind imposibilă obiectiv.
- ✓ Defectarea unui anumit utilaj poate surveni oricând, în mod surprinzător, fără ca prestatorul de servicii să poată controla acest moment. Cu toate acestea, Autoritatea tinde spre sancționarea Prestatorului, în ipoteza în care se defectează mai multe utilaje/bază, urmând să aplice penalități de întârziere dacă Prestatorul nu respectă termenul scurt de 4 ore.
- ✓ Condiția nu este clară și explicită, în sensul că nu delimitează perioada de timp în care ar interveni defecțiunile utilajelor/bază, Or, pare injust ca această „sanctiune” să se aplice, dacă, spre exemplu, într-o bază, s-a defectat un utilaj în luna decembrie, și, din nou, un alt utilaj, în luna februarie.
- ✓ Condiția este **contrară principiului proporționalității** - consacrat chiar de Legea 98/2016. Profesorul Grainne de Burca<sup>3</sup> considera că principiul general al proporționalității (în ceea ce privește o măsură administrativă impusă) se verifică prin efectuarea următorului test:

**1. este măsura administrativă corespunzătoare atingerii unui scop legitim?**

**2. este această măsură necesară atingerii scopului legitim sau cea mai puțin restrictivă dintre măsurile necesare acestui scop?**

**3. are această măsură un efect excesiv asupra interesului persoanei?**

În speța de față, dacă e să trecem condiția specifică criticată de subscrisa, prin acest test, vom ajunge la concluzia evidentă că o atare condiție nu poate primi un răspuns afirmativ la niciuna dintre cele trei întrebări de mai sus.

<sup>3</sup> G. de Bârca, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, (1993) 13 Yearbook of European Law 105—150, p. 106,

Principiul proporționalității înseamnă că orice măsură luată de o autoritate publică care afectează drepturile indivizilor trebuie să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim, necesară în vederea atingerii aceluși scop și în același timp, să fie cea mai rezonabilă.

Însă, din analizarea elementelor ante-menționate, considerăm că în cazul de față, autoritatea a încălcat inclusiv principiul proporționalității, care trebuie să guverneze inclusiv relația dintre acest organism și operatorii economici pe perioada derulării contractelor atribuite.

Având în vedere cele de mai sus, apreciem că și această condiție stipulată în Caietul de sarcini se impune a fi eliminată, fiind abuzivă.

#### **5 Modificarea formulei de ajustare a pretului din documentația de atribuire în acord cu prevederile art. 222 indice 2 alin. 3 și 9 din Legea 98/2016:**

Conform documentației de atribuire (s.n. anunț de participare, fișă de date, model de acord-cadru, model de contract subsecvent, etc.), **ajustarea preturilor oferite este interzisă ilegal în primul an de la semnarea acordului-cadru.**

Conform **art. 222 indice 2 alin. 3 și 9 din Legea 98/2016**, „(3) Autoritatea contractantă precizează **atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri....** (9) **Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.** **ajustarea preturilor este obligatorie pentru acordurile-cadru și contractele cu o perioadă ce depășește 24 de luni.**

Prezentul acord-cadru are o durată previzionată de 48 de luni, maximul legal.

**Raportat la cele de mai sus, vă rugăm să obligați achizitorul să modifice formula de ajustare pentru a fi aplicabilă și în primul an de derulare a acordului-cadru, conform principiului de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.**

#### **6 Eliminarea din documentația de atribuire, a următoarelor clauze abuzive, în sensul Legii 72/2013, lovite de nulitate absolută:**

**În caietul de sarcini Cap.7 și Cap.8** am identificat următoarele clauze abuzive:

##### **Cap.7**

Prestatorul va emite factura fiscală aferentă contravalorii prestației efectuate **numai după confirmarea de către D.R.D.P. Constanta a situației de plată, respectiv după primirea unei înștiințări în scris din partea D.R.D.P. Constanta cu privire la suma agreată în vederea plății, precum și sursa de finanțare pentru plata facturii.**

**6.1 Clauza din cadrul Cap.7 condiționează emiterea facturii fiscale de identificarea de către achizitor a sursei de finanțare pentru plata facturii.** Această clauză încalcă prevederile art. 6 alin. 3 din Legea 72/2013, „(3)Părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emiterie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută.”. Totodată, **sursa de finanțare trebuie identificată anterior încheierii angajamentului legal**, în sensul Legii nr. 500 din 11 Iulie 2002 privind finanțele publice, **adică anterior semnării contractului subsecvent**, a fortiori, anterior prestării serviciilor, a fortiori anterior certificării prestării serviciilor, prin urmare, **achizitorul nu ar avea dreptul, legal, să încheie niciun contract subsecvent dacă nu ar avea identificată în prealabil sursa de finanțare pentru plata integrală a pretului contractului subsecvent, nu doar a unei singure facturii.**

### **Cap.8**

Dacă în urma controalelor efectuate de către organele abilitate, potrivit legii, se constată că Prestatorul a încasat sume necuvenite de la Beneficiar, Prestatorul are obligația să restituie în timpul controlului și înainte de sesizarea organelor competente aceste sume, inclusiv penalitățile, dăunele interese, majorări le, dobânzile etc. aferente stabilite prin actele de control.

Beneficiarul va factura aceste sume, iar Prestatorul este obligat să achite sumele încasate în plus, cât și solosele necuvenite în termen de 30 zile de la primirea facturii, în caz contrar Beneficiarul va executa garanția de buna execuție. În cazul în care aceasta nu este acoperitoare, Beneficiarul va formula acțiune în instanța prin care va pretinde recuperarea sumelor neincasate.

**6.2 Clauza din cadrul Cap.8 îngrădește accesul liber la justiție** garantat de art. 21 din Constituția României, „Articolul 21 Accesul liber la justiție (1)Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. (2)Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept.”. A fortiori, **dacă nicio lege nu poate îngrădi accesul la justiție, nicio clauză din caletul de sarcini nu o poate face!** Plata în avans a eventualelor „sume necuvenite”, „sume încasate în plus” nu este o condiție prealabilă pentru accesul la justiție. Tocmai pentru aceasta te adresezi justiției, să dovedești că nu ai încasat decât ceea ce ți se cuvine. **Abuzul de poziție dominantă al achizitorului**, în sensul art. 13 lit. e din Legea 72/2013, este evident în această clauză.

**În modelul de acord-cadru** am identificat următoarea clauză abuzivă:

8.2. - Promitentul - Achizitor se obligă să plătească Promitentului - Prestator, pretul serviciilor prestate, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încercare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Promitentului - Achizitor, dacă sursa de finanțare a contractului este bugetul de stat pentru întreținere sau în termen de 45 de zile de la comunicării, în scris, a indexului de încercare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Promitentului - Achizitor.

**În modelul de contract subsecvent** am identificat următoarea clauză abuzivă:

6.2. - (1) Achizitorul se obligă să plătească Prestatorului, pretul serviciilor, în termen de 60 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încercare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din transferuri de la bugetul statului pentru întreținere, sau în termen de 45 de zile de la data comunicării, în scris, a indexului de încercare a facturii fiscale în spațiul privat virtual al Achizitorului, dacă sursa de finanțare a contractului este din veniturile proprii ale Achizitorului.

**6.3 Termenul de plată încalcă prevederile art. 6 alin. 1 și art. 7 alin. 1 din Legea 72/2013, fiind mai lung de maximum legal admis de 30 de zile, fără a fi obiectiv, sau măcar subiectiv, justificat motivul depășirii termenului legal de plată. Reamintim că, sursa de finanțare trebuie identificată anterior încheierii angajamentului legal, în sensul Legii nr. 500 din 11 iulie 2002 privind finanțele publice, adică anterior semnării contractului subsecvent, pentru plata integrală a prețului contractului subsecvent, nu doar a unei facturi, deci identificarea sursei de finanțare, ulterior emiterii facturii, nu poate fi considerată un motiv obiectiv de depășire a termenului de plată.**

Astfel, raportat la prevederile **art. 12-15 din LEGEA nr. 72 din 28 martie 2013** privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante care precizează:

„ *Capitolul V*

*Clauze contractuale și practici abuzive*

*Articolul 12*

*Noțiune*

*Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.*

*Articolul 13*

*Calificarea clauzelor și a practicilor abuzive*

*În determinarea caracterului abuziv al unei clauze sau practici, instanța tine cont de toate circumstanțele cauzei, în special de:*

*a) abaterile grave de la practicile statornicite între părți sau de la uzanțele conforme ordinii publice sau bunelor moravuri;*

*b) nerespectarea principiului bunei-credințe și a principiilor de diligență în executarea obligațiilor;*

*c) natura bunurilor sau serviciilor;*

*d) neprevăderea motivelor obiective de derogare de la termenele de plată sau de la rata dobânzii, potrivit prezentei legi;*

*e) poziția dominantă a cocontractantului în raport cu o întreprindere mică sau mijlocie.*

*Articolul 14*

*Clauze calificate de lege ca abuzive*

*Sunt calificate ca abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care:*

*a) exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare;*

*b) fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor;*

*c) prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel prevăzut la art. 3 alin. (3) sau, după caz, la art. 6 și art. 7 alin. (1);*

d) fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1);

e) elimină posibilitatea plății de daune-interese suplimentare;

f) stabilesc un termen pentru emiterea/primirea facturii.

Articolul 15

Sanțiuni

(1) Clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.

(2) Răspunderea patrimonială pentru prejudiciile cauzate de clauzele și practicile abuzive este atrasă potrivit prevederilor Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare.”

Vă rugăm să obligați achizitorul să elimine clauzele abuzive enumerate mai sus, lovite de nulitate absolută, din documentația de atribuire publicată în SEAP.

În fine, în situația în care nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, apreciem că se impune anularea procedurii în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016.

Considerând că toate cele prezentate constituie suficiente argumente și dovezi în soluționarea cauzei, în raport de dispozițiile legale aplicabile procedurii, reiterăm solicitările noastre de admitere a contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

**ÎN DREPT**, ne întemeiem pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și pe prevederile documentației de atribuire invocate în conținut.

**ÎN PROBAȚIUNE**, înțelegem să ne folosim de înscrisurile la care am făcut referire în cuprinsul prezentei.

Depunem următoarele:

- Copie după anunț de participare nr. CN1068543/07.05.2024
- dovada comunicării contestației;
- împuternicire av. Marius Constantin.

Cu stimă,  
S.C. OYL COMPANY HOLDING AG S.R.L.  
Director General  
Ing. Dipl. Sorin Micșa



**DOMNULUI PREȘEDINTE AL C.N.S.C.**