



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1920/C11/1945

Data: 18.08.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37950/12.07.2023, formulată de SRL, cu sediul social în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire întocmită de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de Furnizare de lapte și produse din lapte pentru rezidenții din cadrul centrelor, cod CPV 15500000 - Produse lactate (Rev. 2), s-a solicitat constatarea nulității și eliminarea din cadrul documentației de atribuire a subfactorului de evaluare "Distanța față de depozit și sediul autorității contractante" și înlocuirea sa cu subfactorul reglementat de OUG nr. 34/2023 privind unele măsuri fiscal-bugetare, prorogarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, iar în subsidiar, în temeiul art. 26 (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, anularea procedurii dacă nu se poate proceda la remedierea documentației de atribuire.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei 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 SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În preambul arată că autoritatea contractantă a inițiat procedura de achiziție publică prin publicarea în SEAP a anunțului de participare CN1057012/06.07.2023, fiind stabilit drept criteriu de atribuire "*cel mai bun raport calitate – preț*", având ca factori de evaluare: "*Prețul ofertei*",

"Lanțul de aprovizionare" și "Distanța față de depozit și sediul autorității contractante".

Arată modul de acordare a punctajului pentru subcriteriul 3, detaliere existentă în fișa de date a achiziției.

Consideră că subcriteriul 3 nu se încadrează nici în cadrul legal trasat de dispozițiile art. IX din alin. (1) – (4) OUG nr. 34/2023 privind unele măsuri fiscal-bugetare, prorogarea unor termene, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative și nici în prevederile legislației achizițiilor publice, pe care le citează.

Astfel, solicită se observa că maniera în care autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare aceste prevederi este nelegală și conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, respectiv al nediscriminării în contextul în care, conduce la favorizarea masivă și nejustificată a operatorilor economici care au sediul social situat la o distanță cât mai mică de autoritatea contractantă, fără a se face vreo trimitere la Regiunea de Dezvoltare Nord-Vest - care grupează județele Bihor, Bistrița-Năsăud, ..., Sălaj, Satu Mare și Maramureș sau la vreo etapă de producție astfel cum prevede textul legal.

Factorul instituit cu titlu obligatoriu de textul ordonanței este 30 % pentru realizarea unei etape de producție în regiunea de dezvoltare unde își are sediul autoritatea contractantă, în cazul de față fiind vorba despre Regiunea de Dezvoltare Nord-Vest. Or, criteriul introdus de autoritatea contractantă excede "favorizărilor" impuse oricum prin textul legal creând un avantaj disproporționat și nejustificat pentru operatorii economici aflați în imediata vecinătate a sediului autorității contractante.

Mai mult, solicită a se observa că textul legal se referă la "realizarea unei etape de producție" în cadrul regiunii de dezvoltare, în timp ce subcriteriul introdus de autoritatea contractantă în documentație nu are nicio legătură cu produsul, respectiv cu modalitatea de producție ci, în mod exclusiv, cu sediul social/depozitul "furnizorului". De altfel, solicită a se observa că autoritatea nu detaliază sintagma de "furnizor" care poate fi atât operatorul economic participant la procedură (având în vedere că se urmărește atribuirea unui contract de furnizare produse), cât și producătorul sau unul dintre furnizorii acestuia, caz care, ar conduce însă la imposibilitatea aplicării criteriului întrucât, în opinia sa, ofertele depuse ar putea fi necomparabile. Un criteriu neclar și ambiguu conduce la imposibilitatea realizării unei evaluări conforme, imparțiale.

Totodată, scopul instituirii subcriteriului prin OUG nr. 34/2023, așa cum se relevă prin Nota de fundamentare care a stat la baza acesteia îl reprezintă faptul că lanțul alimentar ar trebui să fie mai scurt și mai transparent și că ar trebui să se încurajeze consumul alimentelor produse

la nivel local și regional, inclusiv prin sprijinirea piețelor locale și regionale, pentru a reduce emisiile legate de transport, asociate producției agricole. Or, distanța dintre sediul social sau sediul depozitului furnizorilor nu este relevantă raportat la scopul arătat în contextul în care nici existența sediului social (care poate fi destinat în mod exclusiv activităților de birou) și nici adresa depozitului nu fac, în realitate, dovada realizării unei etape de producție în regiunea de dezvoltare în care se regăsește autoritatea contractantă.

Acceptând că acordul cadru de furnizare produse alimentare se găsește în categoria contractelor care au impact asupra mediului, pe durata întregului ciclu de viață, atrăgând incidența art. 188 din Legea 98/2016, sintagma utilizată de legiuitor este "cea mai scurtă distanță de la locul de producție la locul de consum", iar criteriul inserat în documentație nu face trimitere la producție, ci se raportează la distanța dintre sediul social și sediul autorității contractante nefiind în acord nici cu aceste dispoziții legale. Pe de altă parte, consideră că autoritatea contractantă nu avea posibilitatea legală de a nuanța subcriteriul astfel încât acesta să iasă din limitele instituite prin OUG nr. 34/2023, norma ulterioară cu caracter special și temporar față de dispozițiile Legii nr. 98/2016.

În aceste condiții, consideră necesar a se aducere în legalitate procedura și înlăturarea oricăror suspiciuni cu privire la faptul că aceasta ar fi "dedicată" vreunui operator economic anume, cu trimitere la dispozițiile art. 189 alin. (2) din Legea 98/2016.

Totodată, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016, în eventualitatea admiterii contestației noastre solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării acesteia, conform documentelor justificative pe care urmează să le depună la dosarul cauzei.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... a transmis prin mail dosarul achiziției, fiind înregistrat la Consiliul cu nr. 42066/02.08.2023, și cu adresa nr. 39389/01.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 43391/08.08.2023, iar ulterior, cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 44522/17.08.2023.

..... SRL a constituit cautiunea în sumă de 18.567,60 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209334345/1, eliberată de CEC BANK SA, Sucursala, la data de 19.07.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de Furnizare de lapte și produse din lapte pentru rezidenții din cadrul centrelor, cod CPV 15500000 - Produse lactate (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

CN1057012/06.07.2023. Valoarea estimată a contractului de furnizare este de 928.380 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire SRL a depus contestație, considerând că factorul de evaluare “Distanța față de depozit și sediul autorității contractante” este nelegal.

În cauză, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 18 (1) și (3) din Legea nr. 101/2016:

“(1) În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.

(3) Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel”, astfel că soluționarea contestației va fi realizată în lipsa unui punct de vedere al autorității contractante.

Din analiza contestației, Consiliul reține faptul că autoarea acesteia este nemulțumită de stabilirea ca factor de evaluare a distanței dintre depozit și sediul autorității contractante, considerând că un astfel de factor contravine prevederilor OUG nr. 34/2023.

Verificând, Consiliul reține că autoritatea contractantă a stabilit în aplicarea criteriului de atribuire, 3 factori de evaluare, respectiv: “Prețul ofertei”, cu o pondere de 40%, “Lanțul de aprovizionare”, cu o pondere de 30% și “Distanța față de depozit și sediul autorității contractante”, cu o pondere de 30%.

Pentru factorul de evaluare criticat autoritatea contractantă a stabilit următorul algoritm de acordare a punctajului conform fișei de date, cap. II.2.5 Criterii de atribuire:

“Algoritm de calcul: - distanța între 0 - 100 km se acordă punctaj maxim: 30 puncte;

- distanța între 101 - 200 km se acordă punctajul: 20 puncte;

- distanța între 201 - 300 km se acordă punctajul: 10 puncte;

- distanța peste 300 km se acordă: 0 puncte.

Notă: Calculul distanței se va face raportat la sediul social sau sediul depozitului furnizorilor, în acest sens, fiind necesară prezentarea documentelor care atestă adresa.”

De asemenea, verificând motivele care au stat la baza alegerii acestui factor de evaluare, Consiliul observă că în Strategia de contractare nr. 32851/28.06.2023 ori în caietul de sarcini unde sunt descriși factori de evaluare ori algoritmul de acordare al punctajului aferent nu se regăsește nicio altă mențiune care să arate motivele și avantajele urmărite prin utilizarea unui astfel de factor de evaluare.

Din modul de formulare al algoritmului de calcul, se poate deduce însă că autoritatea contractantă punctează ca avantaj distanța între sediul său și sediul furnizorului.

Conform caietului de sarcini obiectul achiziției definit de autoritatea contractantă este:

"Contractul ce urmează a fi atribuit are ca obiect furnizarea de lapte și produse din lapte. Produsele sunt destinate beneficiarilor din cadrul unităților rezidențiale din structura Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului,

urmând ca livrarea acestor produse să fie realizată la 60 de centre distribuite pe întreaga suprafață a județului conform anexei 3 a caietului de sarcini.

De asemenea, prin caietul de sarcini autoritatea contractantă a stabilit la cap. IV. **Livrarea și recepția mărfurilor**, următoarele:

"Livrarea se va face la sediile subunităților beneficiare din cadrul autorității contractante, conform Anexei nr.3, pe baza comenzilor transmise de către centrele din cadrul, în scris prin e-mail/fax. Comenzile trebuie să fie onorate integral în intervalul orar:7:30-16:00, de Luni până Joi, și 7:30-13:30 Vineri."

În soluționarea contestației Consiliul consideră relevante regulile stabilite de legiuitor la art. 32 alin. (1), (2), (8) și (9) din HG nr. 395/2016:

"(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul «cel mai bun raport calitate-preț» sau «cel mai bun raport calitate-cost», astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. a) și b) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(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:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

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

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv."

În condițiile în care trebuie asigurată distribuția în diverse locații aflate pe raza județului, cu un larg interval orar pentru fiecare zi a săptămânii (7:30-16:00 de luni până joi și 7:30-13:30 vineri), Consiliul consideră că alegerea unui factor de evaluare cu o pondere mai mult decât semnificativă, de 30% din punctajul total, pentru distanța între sediul social sau sediul depozitului furnizorilor și sediul autorității contractante contravine acestor reguli, nu prezintă nicio relevanță și cu atât mai puțin un avantaj real al achiziției obținut prin utilizarea lui.

În general, un factor de evaluare trebuie să reflecte avantajul obținut de autoritatea contractantă prin utilizarea lui, însă obținerea unui punctaj superior ca urmare a utilizării factorului de evaluare în analiză nu este de natură să producă acesteia vreun avantaj. Mai degrabă utilizarea lui este de natură să aducă un avantaj semnificativ, nepermis, operatorului economic care are sediul cel mai apropiat de cel al autorității contractante, aspect irelevant

pentru achizitoare în condițiile în care livrarea nu se realizează doar la sediul său.

Astfel, prin utilizarea acestui factor de evaluare de către autoritatea contractantă, scopul urmărit de legiuitor de a se asigura alegerea celei mai bune oferte din punct de vedere al calității și prețului nu mai poate fi atins, distanța dintre sediul său și cel al furnizorului neaducându-i niciun avantaj acesteia. Operatorii economici cu capacități similare ar fi dezavantajați doar pe motivul poziționării sediului sau depozitului față de una din locațiile nominalizate în Anexa 3, respectiv sediul din str. G-ral Grigorescu Eremia nr. 37-39, adresă la care se regăsesc 5 din cele 60 de obiective unde ar urma a fi făcută livrare.

În condițiile intervalului orar stabilit de achizitoare prin caietul de sarcini distanța la care se află sediul sau depozitul furnizorului nu poate fi considerată ca relevantă.

Totodată, așa cum arată și autoarea contestației acest factor de evaluare contravine și dispozițiilor art. IX alin. (1) – (3) din OUG nr. 34/2023, potrivit cărora:

"(1) Pentru o perioadă de 24 de luni de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, autoritățile contractante care atribuie contracte de achiziție publică ce au ca obiect produse agroalimentare aplică criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, în conformitate cu prevederile art. 187 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Ponderea stabilită pentru factorul de evaluare privind calitatea este de 60% din punctajul total și este compusă din: 30% pentru factorul "lanțul de aprovizionare" și 30% pentru realizarea unei etape de producție în regiunea de dezvoltare unde își are sediul autoritatea contractantă, astfel cum este prevăzut la art. 8 din Legea nr. 315/2004 privind dezvoltarea regională în România, cu modificările și completările ulterioare.

(3) În sensul prezentului articol, prin "lanțul de aprovizionare" se înțelege circuitul de aprovizionare care implică un număr de operatori economici responsabili de producerea, fabricarea și comercializarea produselor care fac obiectul achizițiilor publice prevăzute la alin. (1)."

Astfel, se constată, contrar acestor dispoziții, că autoritatea contractantă a înlocuit factorul de evaluare *"realizarea unei etape de producție în regiunea de dezvoltare unde își are sediul autoritatea contractantă"* cu *"Distanța față de depozit și sediul autorității contractante"*, fără a aduce vreo justificare temeinică pentru o astfel de conduită.

Prin urmare, Consiliul constată că se impune ca autoritatea contractantă să se conformeze dispozițiilor legale anterior citate și să stabilească factorii de evaluare conform acestora, respectiv să înlocuiască factorul de evaluare *"Distanța față de depozit și sediul autorității contractante"* cu *"realizarea unei etape de producție în regiunea de dezvoltare unde își are sediul autoritatea contractantă"*. Pe cale de consecință, capătul subsidiar de cerere, de anulare a procedurii de atribuire, va fi respins ca nefondat, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr.

101/2016, în condițiile în care, nefiind împlinit termenul de depunere a ofertelor documentația de atribuire poate fi modificată astfel încât procedura să continue.

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 Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită capătul de cerere principal din contestația depusă de 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 stabilite de Consiliu prin motivarea sa, să aducă remediile adoptate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât, între data publicării remediilor și data depunerii ofertelor, să fie asigurată o perioadă de timp suficientă pentru elaborarea și prezentarea unor oferte care să respecte toate cerințele documentației de atribuire, astfel cum este modificată ca urmare a prezentei decizii.

În baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge cererea SRL, de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, deoarece, până la data pronunțării prezentei decizii, nu au fost depuse documente doveditoare privind cuantumul, detalierea și dovada efectuării lor.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite capătul principal de cerere din contestația depusă de SRL în contradictoriu cu

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 stabilite de Consiliu prin motivarea sa, să aducă remediile adoptate la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire prin publicarea lor în SEAP și să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor, astfel încât, între data publicării remediilor și data depunerii ofertelor, să fie asigurată o perioadă de timp suficientă pentru elaborarea și prezentarea unor oferte care să respecte toate cerințele documentației de atribuire, astfel cum este modificată ca urmare a prezentei decizii.

Respinge ca nefondat capătul subsidiar de cerere vizând anularea procedurii de atribuire.

Respinge cererea SRL de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației.

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 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,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 7 pagini.

Redactată practica deciziei ..