**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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

# DECIZIE

**Nr. ...../...../.....**
**Data:.....**

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ....., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ..., privind procedura de licitație deschisă, online, cu fază finală de licitație electronică, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”Furnizarea, transportul și distribuția de fructe (mere), lapte, produse lactate și produse de panificație pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din ....., în anii școlari 2018-..... și .....-2020, 2020- 2021 în cadrul Programului pentru Școli al României - Acord Cadru 3 ani” – loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18, cod CPV ..., organizată de ....., cu sediul în ....., str. ...., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

I. suspendarea procedurii până la soluționarea contestației;

II. pe fond, solicită:

1. în principal, admiterea contestației și anularea procedurii pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 - *Produse de panificație - corn sau baton alternativ cu covrigi simpli sau biscuiți uscați* sau, iar dacă CNSC va considera, chiar în integralitatea sa;

2. în subsidiar, admiterea contestației, anularea parțială a adresei nr. .../....., numai cu privire la răspunsul nr. 3 și 8 (răspunsuri

identice) și la răspunsul nr. 9 și obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere, în cazul în care CNSC va considera că acestea sunt posibile;

III. în cazul în care CNSC va considera că se vor putea dispune măsuri de remediere, solicită obligarea autorității contractante la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor într-o măsură suficientă pentru a permite informarea participanților cu privire la modificările adoptate și ca aceștia să aibă timpul necesar pregătirii ofertelor în concordanță cu răspunsurile la clarificările sau cu dispozițiile deciziei pe care CNSC o va pronunța.

Prin încheierea nr. /...../...../....., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 din cuprinsul contestației formulată de SC ..... SRL, respingând-o. Pe rol, în prezent, se află capetele de cerere din contestație.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă răspunsurile autorității contractante nr. 3, nr. 8 și nr. 9 din clarificarea nr. .../....., publicată în SEAP la data de ....., pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18.

În fapt, contestatorul menționează că societatea sa s-a înscris în SICAP în cadrul procedurii în cauză, pentru a participa cu oferta pe loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 - Produse de panificație - corn sau baton alternativ cu covrigi simpli sau biscuiți uscați.

De asemenea, contestatorul menționează că societatea sa a mai executat în anii anteriori și are în executare și în prezent astfel de contracte în județul ....., livrând produsele în cadrul programului atât la preșcolarii și elevii din comune și orase, cât și din municipii din județul ....., ca și producător de produse de panificație (corn/baton) și ca distribuitor unic pentru biscuiți pe care i-a achiziționat direct de la producători. Are interesul de a depune oferte și de a obține contractele de la ..... pentru aceste loturi în scopul vânzării produselor și obținerea de beneficii ca urmare a realizării activităților contractului ce va fi atribuit pe fiecare lot.

1. Cu privire la răspunsurile nr. 3 și nr. 8 din clarificarea nr. ..../.....

Contestatorul arată că documentația de atribuire pentru procedura de licitație deschisă, într-o singură etapă, pentru atribuirea acordului-cadru cu reluarea competiției la încheierea fiecărui contract subsecvent, a fost publicată în SICAP la data de ..... - nr. anunț ..... și avea termen limită inițial pentru depunerea ofertelor la data de ..... ora ....

Prin erata ..., ambele publicate în SICAP la data de....., autoritatea contractantă a modificat termenul limită de depunere a ofertelor la data de..... ora ....

Contestatorul mai arată că societatea sa, având interes să participe în această procedură pe loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 - Produse de

panificație - corn sau baton alternativ cu covrigi simpli sau biscuiți uscați, a solicitat clarificări în cadrul procedurii prin cererea de clarificări postată în secțiunea aferentă din SICAP la data de ....

Prin această cerere de clarificări, contestatorul arată că a solicitat la punctul 3 al cererii:

*"Vă rugăm să clarificați, ținând cont de criteriul de atribuire din Caietul de sarcini (pag. 5) și de prevederile art. 7 alin 5 si 6 din HG 640/2016, care prezintă definiția „lanțului de aprovizionare scurt", cum se face calculul punctajului final pentru oferta financiară pe un lot de produse de panificație în cazul în care ofertantul de produse de panificație - va furniza produsul corn/baton fabricat de el însuși (lanțul de aprovizionare pentru aceste produse fiind PRODUCĂTOR-BENEFICIAR, pentru care se acordă 10 puncte), dar va furniza și produsul biscuiți/covrigi fabricat de un alt producător (pentru aceste produse lanțul de aprovizionare fiind PRODUCĂTOR-DISTRIBUITOR UNIC- BENEFICIAR, caz în care se atribuie 6 puncte)*".

Răspunsul autorității contractante la această solicitare se regăsește la Răspuns 3 și la Răspuns 8 (răspunsuri identice) din răspunsul consolidat, adresa nr. .../....., publicată în SICAP la data de ..... Astfel, răspunsul dat este următorul:

*„Punctajul pentru componenta tehnică se va acorda astfel:*

*În cazul în care ofertantul este producător și pentru corn și pentru biscuiți, va primi 10 puncte;*

*În cazul în care ofertantul este producător pentru un produs iar pentru celălalt este distribuitor, va primi 6 puncte;*

*În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte;*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate*".

De asemenea, contestatorul arată că în anunț și în fișa de date, pentru componenta tehnică, se prevede:

*„Algoritm de calcul:*

a) *pentru livrările directe (de la producătorul/procesatorul original la consumatorul final) se acordă punctajul maxim alocat, respectiv: 10 puncte;*

*b) pentru un singur operator economic (intermediar) implicat în lanțul de aprovizionare se acordă 6 puncte;*

*c) pentru doi operatori economici (intermediari) implicați în lanțul de aprovizionare se acordă 3 puncte.*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate*".

1.1 Cu privire la solicitarea de anulare a procedurii pentru loturile criticate

Contestatorul precizează că răspunsul autorității a fost dat fără nicio motivare ori justificare.

De asemenea, contestatorul menționează că în anunț, în fișa de date și în toată documentația de atribuire nu a fost prevăzut modul de calcul în cazurile speciale prezentate de societatea sa în cererea de clarificări, deși

autoritatea contractantă cunoștea că pot apărea astfel de cazuri, întrucât a mai atribuit contracte pe aceeași procedură și în același program pentru furnizarea acelorași produse.

Contestatorul precizează că nu s-a prevăzut în anunț și documentele achiziției modul de calcul pentru situațiile expuse de societatea sa în cererea de clarificări și așa cum este prezentat în răspunsurile 3 și 8, astfel că se modifică printr-un răspuns la cererea de clarificări, în mod nelegal și netemeinic, documentația de atribuire, respectiv modul de calcul (algoritmul de calcul) pe componenta tehnică.

În opinia contestatorului, această modificare este una foarte importantă și nu putea fi făcută de autoritatea contractantă în acest stadiu al procedurii și nici nu poate fi făcută printr-un răspuns la clarificări.

De asemenea, contestatorul evidențiază și faptul că cererea de clarificări a postat-o la data de ... și s-a răspuns la data de....., termenul limită de depunere a ofertelor fiind ..... Modificarea ulterioară publicării anunțului și documentelor achiziției nu poate acoperi obligația autorității de a fi stabilit factori de evaluare în mod clar, acoperitori pentru toate situațiile, și prezentarea lor de la început în anunț, fișa de date și în caietul de sarcini.

Contestatorul consideră că lipsa factorilor de evaluare din anunțul de participare, fișa de date și caietul de sarcini, factori care să fi fost acoperitori pentru toate situațiile, nu poate fi acoperită prin măsuri de remediere în sensul modificării în această fază a informațiilor din anunț și documentația de atribuire, iar soluția nu este alta decât anularea procedurii.

Totodată, contestatorul consideră că are relevanță și soluția dată în Cauza ...., privind procedura .... *„Prin Hotărârea Curții, din ..., pronunțată în cauza ..., s-a decis că „Un criteriu de atribuire privind „cea mai acceptabilă ofertă", așa cum este prevăzut în legislația națională, poate fi compatibil cu Directiva ...., dacă acest criteriu exprimă puterea de apreciere conferită autorităților contractante pentru a identifica oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, pe baza unor criterii obiective, și dacă acest criteriu nu presupune un element de alegere arbitrară.*

*De asemenea, s-a reținut că, în situația în care autoritățile contractante nu utilizează, drept unic criteriu de atribuire prețul cel mai scăzut, ci apelează la diverse criterii pentru a atribui contractul către oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, respectivele autorități au obligația de a prezenta acele criterii în anunțul de participare sau în caietul de sarcini".*

Contestatorul precizează că, criteriile de atribuire publicate inițial în anunț și în caietul de sarcini de autoritatea contractantă sunt incomplete, inaplicabile în mod corespunzător și obiectiv tuturor situațiilor. Nici modificarea și nici completarea lor ulterioară, în timpul procedurii, nu este admisibilă chiar dacă ar fi o modificare/completare acceptabilă, corectă și de necontestat. Cu atât mai mult nu este admisibilă modificarea injustă, netemeinică și nelegală inclusă prin răspunsurile 3 și 8.

Contestatorul subliniază că este vorba de o modificare a criteriilor, căci nu poate spune că ceea ce se include prin răspunsurile 3 si 8 ale

autorității contractante ar fi completări sau simple precizări, întrucât se schimbă efectiv modalitatea de punctare.

De asemenea, contestatorul apreciază că atunci când este vorba de un criteriu de atribuire, cum este „cel mai bun raport calitate/preț", simpla indicare a acestui criteriu nu are nicio relevanță dacă nu se indică și modalitatea/regulile de aplicare/de calcul/algoritmul de calcul pe care autoritatea contractantă le va aplica în alegerea și departajarea ofertelor.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă, aplicând criteriul cel mai bun raport calitate/preț, avea obligația de a prezenta aceste criterii împreună cu algoritmul/modalitatea de punctare/calcul și stabilire a clasamentului, în anunțul de participare, în fișa de date sau/și în caietul de sarcini. În anunț, fișa de date și în caietul de sarcini sunt alte criterii, care nu cuprind criteriile arătate în răspunsurile nr. 3 și 9, iar criteriile în forma publicată în anunț, fișa de date și caietul de sarcini nu sunt clare și complete, necuprinzând situațiile expuse în cererea de clarificări, deși este vorba de situații pe care autoritatea contractantă le cunoaște, căci a mai desfășurat proceduri pentru atribuirea acelorași produse după aceleași norme legale aplicabile și utilizând același criteriu de atribuire, cel mai bun raport calitate/preț.

Așa fiind, întrucât nu s-au prevăzut criteriile de atribuire în mod corespunzător în anunțul de participare, în fișa de date și caietul de sarcini și întrucât o modificare ori o completare ulterioară publicării nu este admisibilă precum și întrucât această lipsă nu poate fi rezolvată în acest stadiu al procedurii printr-o soluție de remediere, contestatorul solicită anularea procedurii.

1.2 Cu privire la admiterea contestației, anularea parțială a actului - răspuns consolidat adresa nr. .../....., numai cu privire la răspunsul nr. 3 și 8 (răspunsuri identice) și răspunsul nr. 9 și obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere, în cazul în care CNSC va considera că acestea sunt totuși posibile.

În primul rând, contestatorul precizează că din compararea celor două texte redate anterior, se observă că în anunț și fișa de date inițial, la lit. b) se prevedea că pentru un singur operator economic (intermediar) implicat în lanțul de aprovizionare se acordă 6 puncte, iar prin răspunsul la clarificări acest punctaj s-a modificat pentru toate loturile și va fi acordat astfel: "*În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte*".

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu are o justificare să trateze în mod discriminatoriu participanții la procedură și să acorde, în cadrul aceleiași proceduri, tratament diferit ofertanților.

Astfel, contestatorul precizează că dacă este să aprecieze că răspunsurile 3 și 8 vizează numai loturile de produse de panificație constată că pe loturile de lapte și pe cele de fructe punctajul pentru situația în care este un singur operator economic (intermediar) implicat în lanțul de aprovizionare se acordă 6 puncte.

În continuare, contestatorul arată că și pe celelalte loturi de produse pot apărea situații în care un ofertant poate în cadrul aceleiași oferte să fie încadrat în lanțul de aprovizionare producător-beneficiari dar și în lanțul de

aprovizionare producător-distributor-beneficiar acesta fiind producător pentru o parte din produsele ofertate și distribuitor pentru partea de produse pe care trebuie să le achiziționeze de la alt producător pentru a putea acoperi cantitatea maximă a acordului cadru.

Pe de altă parte, contestatorul arată că prin răspunsul dat se menționează că în cazul în care ofertantul este producător pentru un produs, iar pentru celălalt este distribuitor, va primi 6 puncte. Astfel un ofertant care este și producător pentru un produs în cadrul procedurii pe celelalte loturi de produse și în conformitate cu dispozițiile legale primește punctajul maxim, respectiv 10 puncte în cazul acestei proceduri, dar dacă este în situația de a fi ofertant-producător pentru un produs și distribuitor pentru celălalt produs (produsul alternativ) acel producător nu va mai fi tratat în mod egal cu ceilalți producători înscriși în procedură și nici cu producătorii aceluiași produs care participă pe același lot cu produsul alternativ produs tot de ei, ci va fi depunctat, acordându-i-se doar 6 puncte.

Un ofertant producător înscris care ofertează un produs pentru care lanțul de aprovizionare este producător-beneficiari trebuie să fie tratat la fel în raport cu acel produs, chiar și în situația în care va oferta și produs alternativ achiziționat de la alt producător. Adică, relevantă este poziția ofertantului în lanțul de aprovizionare raportată la fiecare produs ofertat și cei cu aceeași poziție trebuie să primească tratament egal.

Contestatorul precizează că acest mod de stabilire a punctajului (algoritmului de calcul) pe componenta tehnică, referindu-se la cel impus prin răspunsurile nr. 3 și nr. 8, este nelegal și netemeinic, în contradicție cu prevederile Ordinului ... privind aprobarea documentației standardizate de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de furnizare a fructelor, legumelor și produselor lactate și produselor de panificație în cadrul Programului pentru școli al României, ordin care prevede în fișa de date standard la II.4.2:

Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul:

Pentru livrările directe (de la producătorul original la consumatorul final) se acordă punctajul maxim alocat;

Pentru un singur operator economic implicat în lanțul de aprovizionare - se acordă.....puncte;

Pentru doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare - se acordă ....puncte;

Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu poate să deroge și să trateze altfel un ofertant producător care livrează direct la consumatorul final. Aceasta este obligată ca pentru un produs ofertat de cel care este și producătorul lui și care urmează să fie livrat direct de la producător la consumatorul final să îi acorde în toate cazurile punctajul maxim alocat.

De asemenea, contestatorul menționează că prin răspunsul la clarificări s-a modificat punctajul și în cazul lanțului de distribuție pentru un singur operator economic implicat în lanțul de aprovizionare. Astfel, contestatorul arată că în anunț și fișa de date inițial pentru un singur

operator economic (intermediar) implicat în lanțul de aprovizionare se acordă 6 puncte, iar prin răspunsul la cererea de clarificări se specifică *„În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte”.*

Prin urmare, contestatorul subliniază faptul că suntem în cazul unui tratament inegal, discriminatoriu. În timp ce oferta în care are un unic distribuitor interpus între producător și beneficiarii finali în cazul merelor sau în cazul laptelui de pe loturilor de mere și cele de lapte primește 6 puncte, în cazul produselor de panificație acesta primește 3 puncte.

Totodată, chiar în cadrul aceluiași lot, un ofertant care include un singur distribuitor în lanțul de aprovizionare pe unul din produsele ofertate primește 6 puncte, iar dacă apare situația ca ambele produse să fie furnizate prin distribuitor se acordă 3 puncte. Contestatorul precizează că acest mod de punctare nu are nicio justificare. Nu există un motiv justificat că să fie tratați altfel ofertanți aflați în unul sau altul din cele două cazuri. De asemenea, contestatorul menționează că și aici se încalcă prevederile Ordinului nr. 19/2018, care prevede că se acordă același punctaj în situațiile în care există un singur operator economic implicat în lanțul de aprovizionare.

*”b) Pentru un singur operator economic implicat în lanțul de aprovizionare - se acordă.....puncte*".

Contestatorul menționează că lanțul de aprovizionare se referă la „traseul" urmat de un produs furnizat (de la producător până la beneficiari) și nu la numărul de operatori economici implicați în total pe un lot. Nu există nici temei legal și nicio justificare ca autoritatea contractantă să trateze diferit ofertanții care se află în aceleași situații, propunând același lanț de aprovizionare în cadrul aceluiași lot.

Fără a se considera că se contestă documentația de atribuire, contestatorul mai aduce un argument. Astfel, contestatorul menționează că prin răspunsurile date, autoritatea contractantă creează în mod netemeinic și nelegal o situație mai grea ofertanților pentru produsele de panificație în condițiile în care pentru aceste produse, în art. 7, alin. 5 din Hotărârea 640/2017 pentru aprobarea Programului pentru școli al României în perioada 2017-2023 și pentru stabilirea bugetului pentru implementarea acestuia în anul școlar 2017-2018, se prevede că autoritățile contractante țin cont de produsele locale sau regionale și de produsele care provin din lanțul de aprovizionare scurt numai în elaborarea documentațiilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de furnizare a fructelor, legumelor, laptelui și produselor lactate. În continuare, contestatorul redă aceste prevederi:

*„(5) În elaborarea documentațiilor de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de furnizare a fructelor, legumelor, laptelui și produselor lactate, ordonatorii principali de credite, în condițiile prevederilor art. 23 alin. (11) din Regulamentul .... al Parlamentului European și al Consiliului din ... de instituire a unei organizări comune a piețelor produselor agricole și de abrogare a Regulamentelor (CEE) nr. .... ale Consiliului, țin cont de produsele locale sau regionale și de produsele*

*care provin din lanțul de aprovizionare scurt, cu respectarea legislației în domeniul achizițiilor publice."*

Prin urmare, contestatorul subliniază faptul că nici legiuitorul nu a impus în cazul produselor de panificație aplicarea obligatorie a atribuirii pe baza criteriului raport calitate-preț, astfel că nu vede de ce autoritatea contractanta, dacă tot a hotărât să includă acest criteriu, aplică și un tratament diferit și mult mai sever/dezavantajos în cazul ofertanților de produse de panificație față de ceilalți din cadrul aceleiași proceduri dar care ofertează pe loturi cu lapte ori mere.

Nu în ultimul rând, contestatorul menționează că prin răspunsul la clarificări și punctajul acordat în forma modificată se deduce că autoritatea contractantă oferă posibilitatea de participare numai producătorilor care fabrică atât produsul principal cât și produsul alternativ. Prin noul sistem de punctare cei care sunt producători ai produsului principal dar nu și pentru produsul alternativ (biscuiți) nu vor putea participa căci pentru a putea concura ar trebui să compenseze dezavantajul creat pe componenta tehnică cu un preț cu mult mai mic pentru a fi cel puțin la egalitate cu un producător al ambelor produse.

Contestatorul precizează că dacă se aplică criteriile nou stabilite (noua formă de punctare), și acest lucru este acum și acesta neclar dacă se aplică inclusiv loturilor de mere și loturilor de lapte, vor putea participa de exemplu pe loturile de mere doar cei care au suprafețe mari de livezi de mere și cantități mari. Un producător care are cantități mai mici nu poate participa numai cu produsele proprii și dacă participă cu produsele sale dar, în completare, și cu produse achiziționate de la alt producător, acesta va avea un tratament net inferior fiind depunctat în mod absolut incorect și disproporțional.

În continuare, contestatorul aduce în atenția Consiliului caracterul disproporțional al modului de stabilire a punctajului.

Astfel, contestatorul arată că în cazul produselor de panificație produsele corn sau baton se livrează trei zile pe săptămână (în zilele în care se atribuie și laptele și produsele lactate), iar produsele alternative covrigi sau biscuiți se livrează două zile pe săptămână (în zilele în care se livrează și mere). Deci ponderea este mai mare în cazul produselor corn sau baton. Ofertantul care produce și ofertează corn sau baton, dar care ofertează și biscuiți, produs pentru care este unic distribuitor în lanțul de aprovizionare, va primi în mod injust un punctaj inferior fără a se ține cont de faptul că ponderea produselor ofertate de el și pentru care este producător este mai mare. La fel este depunctată oferta producătorului de mere care acoperă 80% din cantitatea ce va fi achiziționată din producția proprie și 20% va fi achiziționată de la un alt producător în completare.

Contestatorul menționează că asocierea este o soluție, dar nimeni nu poate fi obligat la asociere nici direct și nici indirect prin cerințe sau criterii de atribuire impuse de o autoritate contractantă. Punctajul nou stabilit de autoritate obligă pe ofertantul participant în procedură și căruia i se va aplica acest sistem de punctare ca, dacă dorește să câștige primul contract subsecvent ori să se califice între primii trei, să ofere un preț semnificativ mai mic pentru a se asigura că, după aplicarea noului algoritm pe componenta tehnică, va obține un punctaj corespunzător.

Cu privire la faptul că autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, până la termenul stabilit în anunțul de participare simplificat și caracterul general aplicabil, pe toate loturile, al modalității de punctare (algoritmul de calcul) pentru componenta tehnică, contestatorul arată că a solicitat clarificările și, pentru o mai bună înțelegere a exemplificat, iar autoritatea contractantă prin răspunsul dat nu a specificat dacă noua modalitate de calcul al punctajului pe componenta tehnică este aplicabilă tuturor loturilor sau numai loturilor de produse de panificație. Nespecificând, se deduce că acest nou mod de calcul se aplică pentru toate loturile procedurii.

Așa cum a arătat anterior, contestatorul precizează că chiar și în cazul ofertelor ce se vor depune pe loturile de mere pot apărea cazuri în care un ofertant participă cu o parte din cantitate produsă de el și cu o altă parte, în completare, achiziționată de la alt producător devenind astfel și unic distribuitor în lanțul de distribuție.

Astfel se pune întrebarea dacă ceilalți potențiali ofertanți pentru produsele de mere sau pentru lapte, dacă ar dori să participe chiar și în condițiile în care ar primi un tratament discriminatoriu, știu sau pot deduce din răspunsul 3 și 8 din răspunsul consolidat că noua modalitate de aplicare a algoritmului, de punctare, le este aplicabilă și lor. Termenul în care se puteau adresa solicitări de clarificări a expirat, astfel că aceștia nu vor mai putea să-și clarifice această problemă, iar autoritatea contractantă va putea opta pentru oricare variantă, ceea ce nu este corect.

Prin urmare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, până la termenul stabilit în anunțul de participare simplificat. Contestatorul menționează că răspunsul dat la solicitarea sa este în continuare ambiguu și incomplet, nu este temeinic și legal, încălcându-se inclusiv principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, contestatorul consideră că se impune anularea parțiala a actului, în ce privește răspunsurile 3 și 8, și pentru motivul că autoritatea contractantă nu a răspuns în mod clar și complet la solicitările de clarificări conform art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 103 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă prin răspunsurile la clarificări restrânge în mod artificial concurența, invocând în acest sens prevederile art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum a arătat, contestatorul precizează că societatea sa este producător de produse de panificație (corn/baton), dar pentru produsul alternativ nu poate oferta decât biscuiți pe care îi achiziționează direct de la un alt producător. În sensul dat de răspunsurile nr. 3 și 8, contestatorul precizează că oferta sa va fi drastic depunctată, primind doar 6 puncte, în condițiile în care 66,66% din cantitatea de produse ce vor fi ofertate va fi corn/baton fabricat de societatea sa (lanț aprovizionare producător-beneficiari) și 33,34% vor fi biscuiți achiziționați direct de la un alt producător (lanț aprovizionare producător-intermediar-beneficiari). Astfel, pentru ca societatea sa să poată avea o șansă în a câștiga și încheia

acordul-cadru și ulterior contractul subsecvent va trebui să oferteze un preț cu mult mai mic astfel încât prin punctajul obținut pe componenta financiară să poată obține un punctaj total care să-i asigure atribuirea. Procedând astfel și modificând modalitatea de punctare (algoritmul de calcul) autoritatea contractantă creează condiții vădit și disproporțional mai avantajoase pentru producătorii de produse de corn și de biscuiți/covrigi acordându-le un punctaj cu mult mai mare decât cei care sunt producători doar pentru un singur produs și distribuitori pentru altul descurajând participarea acestora și implicit reducând în mod artificial concurența.

În opinia contestatorului, cu referire strict la loturile de panificație, corect și legal ar fi fost să se prevadă încă din anunțul de participare și documentația de atribuire și să se acorde punctajul maxim de 10 puncte și în cazul ofertanților producători ai unui produs de panificație și distribuitori pentru produsul alternativ, având în vedere în primul rând că criteriul de atribuire și obligația de a se ține cont de lanțul scurt de aprovizionare nu este impusă de art. 7 alin. (5) din HG 640/2017, decât pentru produsele lactate și fructe, nu și pentru produse de panificație.

Contestatorul arată că o altă modalitate, deși nu este în concordanță cu dispozițiile art. 7 alin. (5) din HG 640/2017, putea fi să se stabilească un algoritm de calcul care să țină cont de proporția cantitativă raportată la întreaga cantitate de produse de panificație, respectiv 66,66% corn/baton - acestea fiind produse de bază și 33,34% biscuiți/covrigi - acestea fiind produsele alternative, dar această modalitate ar modifica/completa criteriile deja stabilite și publicate în anunț și caietul de sarcini, după cum a detaliat. Poate pe viitor și doar pentru produsele lactate și pentru fructe (conform art. 7 alin. 5) autoritatea poate să opteze să se acorde punctajul pe fiecare produs aprovizionat ținând cont de proporția cantitativă raportată la cantitatea maximă a lotului, a produselor aprovizionate pe lanțul producător-beneficiari și cea a produselor aprovizionate prin intermediar/intermediari așa cum va reieși din propunerea tehnică a fiecărui ofertant.

Contestatorul precizează că acestea sunt variante de remediere în cazul în care Consiliul va trece peste faptul că nu a fost prevăzut și înscris nici în anunț și nici în documentația de atribuire un astfel de algoritm de calcul pentru situațiile speciale arătate de societatea sa în cererea de clarificări și în această contestație și nu va dispune anularea procedurii în integralitatea ei ori numai pe loturile de produse de panificație.

2. Cu privire la răspunsul nr. 9 din adresa de răspuns la clarificări

Contestatorul arată că solicitarea sa de clarificări din cererea postată în SICAP la data de .... avea următorul cuprins:

„3*. În fișa de date la pct. 1.3) Comunicare s-au stabilit următoarele: „Atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției, prin transmiterea unei invitații la reofertare, către operatorii economici semnatari al acordului-cadru."*

*Vă rugăm să clarificați dacă primul contract subsecvent se atribuie prin reluarea competiției ori acesta se atribuie primului clasat în urma punctajului obținut după licitația electronică."*

Răspunsul nr. 9 al autorității contractante are următorul cuprins:

*„9. Primul contract subsecvent se atribuie primului clasat în urma punctajului obținut după licitația electronică.*

*În caietul de sarcini se specifică - Atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției, prin transmiterea unei invitații la reofertare, către operatorii economici semnatari ai acordului-cadru. În urma transmiterii invitației de reofertare, către toți operatorii economici semnatari ai acordului cadru vor participa/transmite oferta financiară în plic închis conform informațiilor cuprinse în respectiva invitație*".

2.1 Contestatorul arată că în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (8) lit. e) din HG 395/2016: *„(8) În cazul acordului-cadru, anunțul de participare/ simplificat trebuie să conțină și un set minim de informații specifice referitoare la: (...)*

*e) criteriul de atribuire și, după caz, factorii de evaluare care urmează să se aplice pentru atribuirea contractelor subsecvente, precum și orice alte reguli aferente, în cazul în care atribuirea contractelor respective urmează să se realizeze prin reluarea competiției sau parțial prin reluarea competiției".*

De asemenea, contestatorul arată că în anunțul de participare s-a prevăzut că atribuirea contractelor subsecvente se va face prin reluarea competiției și nu prin reluarea parțială a competiției.

Astfel, contestatorul precizează că autoritatea contractantă, pentru a putea atribui contractele subsecvente prin reluarea parțială a competiției, așa cum dorește și în sensul în care modifică informațiile inițiale prin răspunsul nr. 9, trebuia să prevadă în anunț acest lucru. Nu poate autoritatea contractantă să modifice modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente printr-un răspuns la cerere de clarificări informații cuprinse în anunțul de participare. Cuprinderea în anunțul de participare a informațiilor referitoare la modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente este o obligație a autorității contractante și, odată ce a fost inclusă modalitatea de atribuire a acestora prin reluarea competiției în cazul tuturor contractelor subsecvente, aceasta nu poate modifica în cursul procedurii în sensul atribuirii prin reluarea parțială a competiției, făcând astfel o excepție de la această modalitate de atribuire pentru primul contract subsecvent.

Contestatorul consideră că modificarea informațiilor din anunțul de atribuire și celelalte documente ale achiziției în sensul schimbării modalității de atribuire a contractelor subsecvente reprezintă o încălcare a prevederilor legale, a principiilor prevăzute în lege.

Pentru toate aceste motive, contestatorul solicită Consiliului anularea procedurii pentru loturile contestate în temeiul art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 sau să dispună ca autoritatea contractantă, dacă nu găsește măsuri de remediere, să anuleze procedura conform art. 212 alin (1) lit. c) și d) din Legea nr. 98/2016. În cazul în care Consiliul va considera că se pot dispune măsuri de remediere, contestatorul solicită anularea răspunsului nr. 9, obligarea autorității la reluarea și publicarea răspunsului în conformitate cu prevederile legale și anunțul de atribuire, cu precizare clară dacă răspunsul privește întreaga procedură sau numai loturile de panificație.

Contestatorul arată că anularea răspunsului nr. 9 se impune și pentru motivele pe care le prezintă în continuare, întrucât este o contradicție între prima și a doua parte a răspunsului:

Astfel, contestatorul arată că întâi autoritatea contractantă răspunde că primul contract subsecvent se atribuie primului clasat în urma punctajului obținut după licitația electronică și apoi, în contradicție, specifică faptul că contractele subsecvente, înțelegând aici că toate contractele subsecvente, inclusiv primul, se atribuie prin reluarea competiției, prin transmiterea unei invitații la reofertare iar operatorii economici semnatari ai acordului-cadu vor transmite oferta financiară în plic închis.

În aceste condiții, contestatorul solicită anularea parțială a actului, numai în ce privește răspunsul nr 9, pentru motivul că autoritatea nu a răspuns în mod clar și complet la solicitările de clarificări conform art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 103 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, contestatorul precizează că prin răspunsul dat autoritatea contractantă modifică în mod substanțial informațiile din anunț, din fișa de date și din documentația de atribuire, iar răspunsul este ambiguu, neclar.

Modul de atribuire a contractelor subsecvente, dacă autoritatea contractantă dorea să fie în modalitatea arătată în răspuns, ar fi trebuit să fie inclus în această formă atât în anunț cât și în fișa de date și în caietul de sarcini. Ori, forma cuprinsă în răspuns nu este nici prevăzută și nici în concordanță cu cele arătate în anunț, în fișa de date și nici în caietul de sarcini.

Și în cazul acestor capete de cerere, în cazul în care se vor putea dispune măsuri de remediere, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor într-o măsură suficientă pentru a permite informarea participanților cu privire la modificările adoptate și ca aceștia să aibă timpul necesar pregătirii ofertelor în concordanță cu răspunsurile la clarificările solicitate sau cu dispozițiile deciziei pe care Consiliul o va pronunța.

Prin adresa nr. ../..... înregistrată la Consiliu sub nr. .../....., ....., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca inadmisibilă, nefondată și netemeinică.

Cu privire la susținerile invocate de către contestator, autoritatea contractantă solicită Consiliului să rețină ca acestea sunt nelegale, nefondate și netemeinice.

În acest sens, autoritatea contractantă subliniază și afirmă faptul că a respectat *stricto-sensu* dispozițiile legale statuate prin Legea nr. 98/2016 a achizițiilor publice, precum și pe cele ale HG nr. 395/2016.

I. <u>Cu privire la solicitarea de clarificări nr. 3 și răspunsul nr. 3</u>

Autoritatea contractantă arată că la solicitarea de clarificări a contestatorului:

*"Vă rugăm să clarificați, ținând cont de criteriul de atribuire din Caietul de sarcini (pag.5) și de prevederile art. 7 alin. 5 și 6 din HG 640/2016, care prezintă definiția "lanțului de aprovizionare scurt", cum se*

*face calculul punctajului final pentru oferta financiară pe un lot de produse de panificație în cazul în care ofertantul de produse de panificație - va furniza produsul corn/baton fabricat de el însuși (lanțul de aprovizionare pentru aceste produse fiind PRODUCĂTOR-BENEFICIAR, pentru care se acordă 10 puncte), dar va furniza și produsul biscuit/ covrigi fabricat de un alt producător (pentru aceste produse lanțul de aprovizionare fiind PRODUCĂTOR - DISTRIBUITOR UNIC- BENEFICIAR, caz în care se atribuie 6 puncte).*

*Aceeași situație se poate întâlni și pe loturile de lapte și produse lactate, loturi în care ofertantul este și producătorul laptelui dar iaurtul ofertat tot de acesta este achiziționat de la alt producător, caz în care ofertantul va fi distribuitor numai pentru iaurt.*

*Precizăm că nici HG 640/2016 și nici Ordinul 19/2018 nu se regăsește o prevedere specială care să facă o deosebire în astfel de cazuri*",

a oferit următorul răspuns:

*"Punctajul pentru componenta tehnică se va acorda astfel:*

*- În cazul în care ofertantul este producător și pentru corn și pentru biscuiți, va primi 10 puncte;*

*- În cazul în care ofertantul este producător pentru un produs iar pentru celălalt este distribuitor, va primi 6 puncte;*

*- În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte.*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate*".

Autoritatea contractantă menționează faptul că acest punctaj a fost prevăzut în fișa de date a achiziției, iar răspunsurile oferite au fost verificate de către ANAP și s-a primit aviz necondiționat pentru ele.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit căreia "considerăm că lipsa factorilor de evaluare din anunțul de participare, fișa de date și caietul de sarcini, factori care să fi fost acoperitori pentru toate situațiile, nu poate fi acoperită prin măsuri de remediere în sensul modificării în această fază a informațiilor din anunț și documentația de atribuire iar soluția nu este alta decât anularea procedurii", autoritatea contractantă reiterează faptul că punctajul pentru componenta tehnică a fost prevăzut în fișa de date a achiziției, iar ofertantul economic probabil nu a reușit să parcurgă întreaga ..... De asemenea, autoritatea contractantă reiterează faptul că răspunsurile pe care le-a oferit au fost verificate și aprobate de către ANAP, primind aviz necondiționat.

II. <u>Cu privire la solicitarea de clarificări nr. 8 și răspunsul nr. 8</u>

Autoritatea contractantă arată că la solicitarea de clarificări a contestatorului:

*"Vă rugăm să clarificați, ținând cont de criteriul de atribuire din Caietul de sarcini (pag.5) și de prevederile art. 7 alin. 5 și 6 din HG 640/2016, care prezintă definiția "lanțului de aprovizionare scurt", cum se face calculul punctajului final pentru oferta financiară pe un lot de produse de panificație în cazul în care ofertantul de produse de panificație - va furniza produsul corn/baton fabricat de el însuși (lanțul de aprovizionare pentru aceste produse fiind PRODUCĂTOR-BENEFICIAR, pentru care se*

*acordă 10 puncte), dar va furniza și produsul biscuit/ covrigi fabricat de un alt producător (pentru aceste produse lanțul de aprovizionare fiind PRODUCĂTOR - DISTRIBUITOR UNIC- BENEFICIAR, caz în care se atribuie 6 puncte).*

*Aceeași situație se poate întâlni și pe loturile de lapte și produse lactate, loturi în care ofertantul este și producătorul laptelui dar iaurtul ofertat tot de acesta este achiziționat de la alt producător, caz în care ofertantul va fi distribuitor numai pentru iaurt.*

*Precizăm că nici HG 640/2016 și nici Ordinul 19/2018 nu se regăsește o prevedere specială care să facă o deosebire în astfel de cazuri",*

a oferit următorul răspuns:

*"Punctajul pentru componenta tehnică se va acorda astfel:*

*- În cazul în care ofertantul este producător și pentru corn și pentru biscuiți, va primi 10 puncte;*

*- În cazul în care ofertantul este producător pentru un produs iar pentru celălalt este distribuitor, va primi 6 puncte;*

*- În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte.*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate*".

Autoritatea contractantă menționează faptul că acest punctaj a fost prevăzut în fișa de date a achiziției, iar răspunsurile oferite au fost verificate de către ANAP și s-a primit aviz necondiționat pentru ele.

III. Cu privire la solicitarea de clarificări nr. 8 și răspunsul nr. 8

Autoritatea contractantă arată că la solicitarea de clarificări a contestatorului:

*"În fișa de date la pct. 1.3) Comunicare s-au stabilit următoarele: "Atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției, prin transmiterea unei invitații la reofertare, către operatorii economici semnatari ai acordului – cadru."*

*Vă rugăm să clarificați dacă primul contract subsecvent se atribuie prin reluarea competiției ori acesta se atribuie primului clasat în urma punctajului obținut după licitația electronică*".

a oferit următorul răspuns:

*"Primul contract subsecvent se atribuie primului clasat în urma punctajului obținut după licitația electronică.*

*În caietul de sarcini se specifică "atribuirea contractelor subsecvente se va face cu reluarea competiției, prin transmiterea unei invitații la reofertare, către operatorii economici semnatari ai acordului - cadru. În urma transmiterii invitației la reofertare, operatorii economici semnatari ai acordului cadru vor participa/transmite oferta financiară în plic închis conform informațiilor cuprinse în respectivei invitații*".

Referitor la contestația formulată de către ....., cu referire la răspunsurile de clarificare date, autoritatea contractantă menționează că urmare a solicitărilor făcute de către operatorul economic a oferit răspunsurile pe baza documentației realizate, postate și avizate pe SICAP, a menținut și nu a modificat nicio condiție, criteriu din caietul de sarcini și fișa de date postată.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că toate răspunsurile oferite au fost verificate, analizate de către reprezentanții ANAP și pentru toate acestea a fost oferit aviz necondiționat. Mai mult, acolo unde reprezentanții ANAP au considerat că răspunsurile nu sunt concludente sau greșit oferite, au propus autorității contractante modificarea lor.

În concluzie, pentru a fi respectate prevederile legale din HG nr. 395/2016 și din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă precizează că și-a îndeplinit obligațiile în mod corespunzător, motiv pentru care consideră legală și temeinică procedura desfășurată și apreciază că nu se impune luarea unor măsuri de remediere, motiv pentru care nu va proceda la anularea răspunsurilor menționate anterior.

Pentru toate aceste considerente, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate caracterul profund netemeinic al contestației formulate de SC ..... SRL, și respingerea acesteia ca nefondată.

Prin adresa nr. .../..... înregistrată la Consiliu sub nr. .../....., contestatorul formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a arătat motivele care au stat la baza răspunsurilor date prin Răspunsul consolidat, iar faptul ca a avut din partea ANAP un aviz favorabil nu este o justificare, astfel autoritatea contractantă nu are o fundamentare temeinică și legală a răspunsurilor contestate.

De asemenea, contestatorul precizează că răspunsurile contestate nr. 3, 8 și 9 nu pot fi considerate ca fiind răspunsuri de clarificare în sensul legii, ci acestea sunt acte de modificare a documentației de atribuire ulterior datei publicării.

Contestatorul precizează că modificarea adusă procedurii, sau mai bine zis înlocuirea în totalitate a punctajului/algoritmului de calcul, precum și modificarea modului de atribuire a contractelor subsecvente, nu poate fi făcută după publicarea anunțului și documentației de atribuire și în niciun caz prin răspunsuri la clarificări.

Pe de altă parte, contestatorul consideră că este nelegal să se modifice documentația de atribuire după data publicării, cu atât mai mult cu cât modificările aduse vizează elemente esențiale ale ofertei.

Totodată, contestatorul menționează că, așa cum a arătat în contestație, modificările aduse prin răspunsurile nr. 3 și nr. 8 sunt nelegale prin faptul că se încalcă în principal principiul transparenței (nu au fost făcute de la început cerințele de participare, respectiv modul de punctare, ci a fost înlocuit după o perioadă mare de la data publicării anunțului și documentației), principiul proporționalității (incluzând un mod de punctare disproporționat față de scopul urmărit) și principiul tratamentului egal operatorii economici, aceștia fiind tratați în mod discriminatoriu prin modul de punctare pe componenta tehnică. Prin noul algoritm, care înlocuiește algoritmul arătat în anunțul de atribuire, fișa de date și caietul de sarcini, se instituie pentru operatorii economici care doresc sau se înscriu cu oferta o situație mai grea, condiții mai grele, în condițiile în care prin art. 7 alin. (5) din HG nr. 640/2017 nu se impune să

se țină cont de lanțul scurt de aprovizionare și pentru produsele de panificație.

Contestatorul precizează că acest mod de stabilire a algoritmului de calcul este de natură să elimine posibilitatea de participare cu oferta a altor concurenți care fiind producători pentru un produs ar fi nevoiți să își găsească un asociat producător al celuilalt produs pentru a putea participa. Ori, în situația în care, de exemplu, trebuie să se găsească un producător de biscuiți de tipul celor acceptați în cadrul Programului în școli al României, aceștia nu sunt mulți și din câți sunt nu doresc să intre ca parteneri de asociere/subcontractare, ci doar să încheie contracte de furnizare.

De asemenea, contestatorul menționează că prin noul mod de punctare operatorii economici care pentru a putea participa trebuie să oferteze unul din produse pentru care nu este și producător și care pentru a avea șanse reale de a i se atribui acordul cadru/contract subsecvent, se vede în situația de a fi nevoit să se asocieze pentru a nu pierde puncte. Pentru a compensa punctele în minus și a putea depune o ofertă la nivelul altui ofertant situat mai bine din punctul de vedere a lanțului de distribuție, având în vedere și diferența mult prea mare de punctare, nu există altă cale decât asocierea. Ori prin noul mod de punctare, mai dezavantajos, ofertanții, în mod indirect, sunt obligați să se asocieze, în condițiile în care nimeni nu poate fi obligat să intre într-o asociere.

Față de cele arătate de autoritatea contractantă, care nu își susține actul, contestatorul precizează că motivele arătate de societatea sa sunt motive care susțin temeinicia și caracterul absolut fondat al contestației.

În ceea ce privește răspunsul nr. 9, contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă nu a arătat care sunt motivele pentru care a modificat modul de atribuire a contractelor subsecvente, din atribuire prin reluarea competiției pentru toate contractele subsecvente, în atribuire prin reluarea parțială a competiției (în speță numai pentru contractele subsecvente 2 și 3 ).

Contestatorul arată că în anunțul de participare s-a prevăzut că atribuirea contractelor subsecvente se va face prin reluarea competiției pentru toate contractele subsecvente și nu prin reluarea parțială a competiției.

Astfel, contestatorul menționează că autoritatea contractantă, pentru a putea atribui contractele subsecvente prin reluarea parțială a competiției, așa cum dorește și în sensul în care modifică informațiile inițiale prin răspunsul nr. 9, trebuia să prevadă în anunț acest lucru. Nu poate autoritatea contractantă să modifice modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente printr-un răspuns la cerere de clarificări informații cuprinse în anunțul de participare. Cuprinderea în anunțul de participare a informațiilor referitoare la modalitatea de atribuire a contractelor subsecvente este o obligație a autorității contractante și, odată ce a fost inclusă modalitatea de atribuire a acestora prin reluarea competiției în cazul tuturor contractelor subsecvente, aceasta nu poate fi modificată în cursul procedurii, în sensul atribuirii prin reluarea parțială a competiției, făcând astfel o excepție de la această modalitate de atribuire pentru primul contract subsecvent. Modificarea informațiilor din anunțul de

atribuire și celelalte documente ale achiziției în sensul schimbării modalității de atribuire a contractelor subsecvente reprezintă o încălcare a prevederilor legale, a principiilor prevăzute în lege.

Contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă prin punctul de vedere nu a prezentat opinia sa cu privire la niciunul din argumentele arătate în contestație, și pe care le-a prezentat într-o rezumare anterior.

Față de punctul de vedere al autorității contractante, în continuare, pe fond, contestatorul solicită:

- în principal, admiterea contestației și anularea procedurii pe loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 - Produse de panificație - corn sau baton alternativ cu covrigi simpli sau biscuiți uscați sau, dacă CNSC va considera, chiar în integralitatea sa;
- în subsidiar, admiterea contestației, anularea actului - Răspuns consolidat Adresa nr. ../....., parțial numai cu privire la răspunsul nr. 3 și 8 (răspunsuri identice) și răspunsul nr. 9 și obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere, în cazul în care CNSC va considera că acestea sunt posibile.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, cu fază finală de licitație electronică, pentru atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect ”Furnizarea, transportul și distribuția de fructe (mere), lapte, produse lactate și produse de panificație pentru preșcolarii din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular din ....., în anii școlari 2018-..... și .....-2020, 2020- 2021 în cadrul Programului pentru Școli al României - Acord Cadru 3 ani”, cod CPV ..., organizată pe loturi. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, cu data stabilită pentru primirea ofertelor....., ora .... Prin anunțurile de tip erată nr. ....., termenul limită pentru primirea ofertelor a fost decalat pentru data de ....., ora ....

Împotriva răspunsurilor autorității contractante nr. 3, nr. 8 și nr. 9 din clarificarea nr....., publicată în SEAP la data de....., pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18, SC ..... SRL a formulat contestația ce formează obiectul dosarului nr. ...../.....

În procesul verbal de vizualizare a ofertelor nr....., pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18, s-a consemnat depunerea a două oferte, printre care și a contestatorului.

Prin Încheierea nr. /...../...../....., Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 23 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a respins cererea de suspendare a procedurii pentru loturile 3, 6, 9, 12, 15 și 18 din cuprinsul contestației formulată de SC ..... SRL.

Pe fondul contestației formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

In esenta, contestatorul sustine ca raspunsurile la clarificari formulate de autoritatea contractanta prin adresa nr. ....., publicată în SICAP la data de..... sunt de natura a schimba prevederile documentatiei de atribuire, motiv pentru care, sustine contestatorul, procedura pentru loturile la care se refera solicitarile de clarificari ar trebui anulata.

Revazand textele invocate, Consiliul retine ca solicitarea de clarificari a avut urmatorul continut:

*”Vă rugăm să clarificați, ținând cont de criteriul de atribuire din Caietul de sarcini (pag. 5) și de prevederile art. 7 alin 5 si 6 din HG 640/2016, care prezintă definiția „lanțului de aprovizionare scurt", cum se face calculul punctajului final pentru oferta financiară pe un lot de produse de panificație în cazul în care ofertantul de produse de panificație - va furniza produsul corn/baton fabricat de el însuși (lanțul de aprovizionare pentru aceste produse fiind PRODUCĂTOR-BENEFICIAR, pentru care se acordă 10 puncte), dar va furniza și produsul biscuiți/covrigi fabricat de un alt producător (pentru aceste produse lanțul de aprovizionare fiind PRODUCĂTOR-DISTRIBUITOR UNIC- BENEFICIAR, caz în care se atribuie 6 puncte)”.*

Răspunsul autorității contractante la această solicitare (Răspuns 3 și Răspuns 8, răspunsuri identice, din răspunsul consolidat, adresa nr....., publicată în SICAP la data de.....) a avut urmatorul continut:

*„Punctajul pentru componenta tehnică se va acorda astfel:*

*În cazul în care ofertantul este producător și pentru corn și pentru biscuiți, va primi 10 puncte;*

*În cazul în care ofertantul este producător pentru un produs iar pentru celălalt este distribuitor, va primi 6 puncte;*

*În cazul în care ofertantul este distribuitor pentru ambele produse, va primi 3 puncte;*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate".*

Reamintim totodata algoritmul de calcul publicat în anunțul de participare și în fișa de date, pentru componenta tehnică:

*„Algoritm de calcul:*

*a) pentru livrările directe (de la producătorul/procesatorul original la consumatorul final) se acordă punctajul maxim alocat, respectiv: 10 puncte;*

*b) pentru un singur operator economic (intermediar) implicat în lanțul de aprovizionare se acordă 6 puncte;*

*c) pentru doi operatori economici (intermediari) implicați în lanțul de aprovizionare se acordă 3 puncte.*

*Ofertele care propun mai mult de doi operatori economici implicați în lanțul de aprovizionare nu vor fi punctate”.*

Analizand textele mai sus prezentate, Consiliul constata, contrar opiniei contestatorului, faptul ca **raspunsul(raspunsurile) autoritatii**

**contractante sunt clare, deosebit de explicite si, mai ales, in deplina concordanta cu algoritmul de calcul publicat în anunțul de participare și în fișa de date.**

Astfel, algoritmul de calcul statueaza ca, **indiferent de numarul produselor care urmeaza a fi livrate pe un anume lot**, daca nu exista niciun intermediar ofertele vor primi 10 puncte, daca exista un imtermediar vor primi 6 puncte, pentru doi intermediari vor primi 3 puncte iar pentru mai mult de doi intermediari vor primi zero puncte.

Adresa de raspuns la clarificari nr..... confirma algoritmul si expliciteaza deosebit de clar modul acestuia de aplicare in cazul individual prezentat de operatorul economic care a solicitat clarificarea.

Sustinerile contestatorului potrivit carora prin raspunsurile la clarificari criticate s-ar fi modificat prevederile documentatiei sau algoritmul de calcul sunt, in aprecierea Consiliului, pur si simplu **nereale**.

Algoritmul de calcul publicat în anunțul de participare și în fișa de date a fost confirmat si in niciun caz modificat sau infirmat prin raspunsul la clarificari. Astfel, calculul punctajului (la componenta tehnica) facandu-se, pentru a se stabili oferta castigatoare, pe fiecare lot, nu se face nicio diferenta intre loturile care implica un singur produs de livrat si loturile in care sunt de livrat mai multe produse, **numarul de puncte acordate depinzand numai de numarul de intermediari implicati in livrare**. De exemplu, intr-un caz cu totul ipotetic in care un lot ar implica livrarea a trei produse iar un ofertant ar produce in mod direct doua dintre acestea dar pentru al treilea ar avea nevoie de trei intermediari, ofertantul va fi punctat cu zero puncte la componenta tehnica (intrucat oferta pentru lotul in cauza implica mai mult de doi intermediari).

Astfel a fost stabilit prin algoritmul de calcul publicat în anunțul de participare și în fișa de date iar raspunsurile la clarificari formulate de autoritatea contractanta prin adresa nr....., publicată în SICAP la data de ....au confirmat aceasta situatie descriind cu extrema claritate aplicarea algoritmului in cazurile individuale prezentate de operatorul economic care a solicitat clarificarea.

Concluzionand, Consiliul apreciaza ca sustinerile contestatorului privind faptul ca documentatia (regula de stabilire a punctajului) a fost modificata sau completata prin raspunsul la clarificari sunt complet eronate, **algoritmul de calcul (atat pentru componenta financiara cat si pentru componenta tehnica) fiind aplicabil in mod obligatoriu pe fiecare lot** (nu pe fiecare produs cum nejustificat invoca contestatorul).

Cu referire la intregul continut al raspunsurilor la clarificari (raspunsul nr. 3, raspunsul nr. 8 si raspunsul nr. 9) criticate in contestatie, Consiliul constata ca acestea au fost deosebit de clare si complete, nu au condus la modificarea prevederilor cuprinse in ....., autoritatea contractantă indeplinindu-si obligația prevazuta la art. 160 din Legea nr. 98/2016 de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, până la termenul stabilit în anunțul de participare.

In secundar, Consiliul apreciaza ca autorul contestatiei se afla in eroare si in criticile, evident tardive, privitoare la introducerea

componentei tehnice in cadrul algoritmului de calcul aferent anumitor loturi din cadrul procedurii. Consiliul retine ca punctajul pe componenta tehnica (legata de numarul de intermediari pentru livrare) a avut in cadrul punctajului total o pondere de numai 10 % in timp ce ponderea de 90% este acordata pretului ofertei pe fiecare lot in cauza.

Este nereala, prin urmare, si sustinerea contestatorului potrivit careia, prin punctajul acordat, autoritatea contractantă oferă posibilitatea de participare numai producătorilor care fabrică atât produsul principal cât și produsul alternativ, deoarece proportia in cadrul punctajului final a componentei tehnice este redusa, cu respectarea principiului proportionalitatii si a prevederilor art. 32 alin (8), (9) si (10) din HG nr. 395/2016 potrivit carora:

*„Art. 32 (8) Atunci când stabileşte factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:*

*a) nu au o legătură directă cu natura şi obiectul contractului de achiziţie publică ce urmează să fie atribuit;*

*b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obţine 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 achiziţie publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligaţia de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:*

*a) importanţa caracteristicii tehnice/funcţionale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu şi/sau social ce poate fi punctat; sau*

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

*(10) În cazul în care, în cadrul unei proceduri se atribuie mai multe loturi, autoritatea contractantă poate stabili criterii de atribuire separate şi diferite pentru fiecare lot în parte.”*

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

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

## CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.