C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. .../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI .., reprezentată prin administrator, împotriva documentației de atribuire, inițiată de către ..... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord cadru de achiziție publică, având ca obiect: „.....", cod CPV 24951310-1, s-a solicitat: obligarea autorității contractante la ....., respectiv a conținutului fișei de date a achiziției și a conținutului caietului de sarcini, iar în situația în care nu mai sunt posibile luarea măsurilor de remediere să se dispună anularea procedurii și obligarea la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul critică conținutul fișei de date a achiziției și anunțul de participare, sens în care face trimitere la Capitolul III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, unde autoritatea contractantă a solicitat ca ofertanții să prezinte *„certificat constatator, detaliat emis de ORC din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar livrarea produselor similare solicitate prin documentația de atribuire"*.

Susține că cerința autorității contractante este una excesivă și nelegală limitând participarea la procedura de achiziție și având ca rezultat încălcarea principiilor achizițiilor publice.

Arată că potrivit dispozițiilor Legii nr. 359 din 8 septembrie 2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice,

înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice, societățile comerciale pot desfășura orice activitate prevăzută în codul CAEN, condiția fiind aceea ca respectiva activitate să fie menționată în actul constitutiv și autorizată potrivit dispozițiilor art. 15 din actul normativ mai sus amintit.

Față de dispozițiile legale mai sus amintite, contestatorul arată că solicitarea autorității contractante ca ofertantul să aibă ca obiect principal sau secundar livrarea de produse similare este nelegală motiv pentru care se impune a fi eliminată din conținutul documentației de atribuire.

În continuare, contestatorul face trimitere la Cap. II.2.5 Criterii de atribuire și arată că autoritatea contractantă a prevăzut ca și criteriu de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar ca factori de evaluare a prevăzut *„termenul de livrare al produsului - 15%”* și *„prețul produsului - 85%”.*

Critică faptul că stabilirea termenului de livrare ca și factor de evaluare contravine dispozițiilor art. 209 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 *„în sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate-preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale în legătura cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru”*, iar alin. (5) dispune în sensul: *„factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia”*.

Subliniază că legiuitorul nu a menționat și *„durata de livrare/ execuție/prestare”* printre factorii de evaluare ce pot fi folosiți atunci ca criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”* deoarece folosirea acestui factor nu creează niciun avantaj evident autorității contractante.

Arată că durata de livrare poate fi stabilită ca o prevedere contractuală, dar în niciun caz ca factor de evaluare, factorii folosiți trebuie să reflecte aspecte privind calitatea produsului, anumite caracteristici tehnice care să asigure avantaje evidente și care să fie în legătură cu obiectul contractului.

Menționează că prin folosirea acestui factor de evaluare se încalcă principiul proporționalității stabilit de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016.

Susține că prin impunerea unui termen maxim de livrare de 14 zile, iar depășirea acestui termen atrage după sine respingerea ofertei ca neconformă, aceasta cerință este criteriu de calificare și nu poate fi folosit ca factor de evaluare.

Contestatorul arată că ponderea factorului prețul ofertei, respectiv 85%, este unul foarte mare fiind determinant în stabilirea clasamentului, situație în care criteriul de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț”* este lăsat fără substanță.

În continuare, la cap. III.1.2 Capacitatea economică și financiară se solicită ca media anuală a cifrei de afaceri pe anii 2015, 2016 și 2017 să fie de cel puțin 664.300 lei fără TVA.

Apreciază că această cerință, așa cum este formulată, este lipsită de relevanță deoarece nu se menționează din ce fel de activități trebuie realizată această sumă, iar pentru a da eficiență acestei cerințe se impune ca aceasta să fie realizată din activitatea de furnizare a produselor similare cu cele ce fac obiectul contractului.

Referitor la caietul de sarcini, contestatorul critică conținutul anexei nr. 1/C referitoare la Normele privind securitatea și sănătatea în muncă, întrucât în anexa amintită sunt stabilite o serie de obligații care nu au nicio legătură cu obiectul contractului, fiind obligații specifice agenților economici care desfășoară activități de prestări servicii/lucrări în favoarea autorității contractante.

Susține că în preambulul Normelor este menționat în mod explicit faptul că acestea sunt destinate informării lucrătorilor și/sau reprezentanților acestora despre riscurile profesionale, obligații și răspunderi pentru agenții economici care desfășoară activități de prestări servicii/lucrări în favoarea aeroportului.

Având în vedere că urmează a fi încheiat un contract de furnizare de degivrant, obligațiile stabilite sunt excesive și încalcă principiul proporționalității așa după cum este el stabilit în legislația în materia achizițiilor publice.

În continuare, arată că la cap. V, Cerințe privind securitatea aeroportuară se menționează obligația ca ofertantul câștigător să anunțe cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare, în scris, informații privind datele de identificare ale persoanelor și mijloacelor de transport ce urmează să facă livrarea, sens în care arată că cerința nu este corelată cu factorul de evaluare - durata de livrare.

Având în vedere această obligație, contestatorul subliniază că nu poate fi ofertată o perioada de livrare mai mica de 3 zile, iar în aceste condiții factorul de evaluare trebuie redefinit, astfel încât ofertarea unei perioade mai mici de 3 zile să nu reprezinte motiv de respingere a ofertei.

În vederea soluționării contestației ce face obiectul dosarului nr. ...../....., prin adresa nr../.....-...../04.02....., Consiliul solicită contestatorului, în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, ca în termen de 3 zile de la data comunicării prezentei, să transmită: în temeiul art. 611 alin. (1) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018, recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 c.p.c. coroborat cu art. ..... din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC și art. 1062 alin. (3) c.p.c.

care dispun în mod expres „Când există urgență, instanța va putea stabili cauțiunea și fără citarea părților. În acest caz, cauțiunea se va depune numai în numerar, într-un termen stabilit de instanță. (...)”; dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă; dovada primirii contestației de către autoritatea contractantă, certificată prin număr și dată de înregistrare la acesta, conform art. 12 din Legea nr. 554/2004, coroborat cu art. ..... din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la CNSC sub nr. ....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. .. din data de ....., emisă de CEC Bank – sucursala ....., în valoare de .. lei, pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016 *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”.

Prin adresa nr. ../06.02....., înregistrată la CNSC sub nr. .../ 06.02....., entitatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată, cu solicitarea de menținere a tuturor actelor sale.

Referitor la criticile contestatorului referitoare la criteriul de atribuire, respectiv stabilirea termenului de livrare ca și factor de evaluare, care ar contraveni dispozițiilor art. 209 din Legea 99/2016, entitatea contractantă menționează faptul că în data de 03.12.2018 documentația de atribuire a fost respinsă de către ANAP, iar unul dintre motivele respingerii a privit și criteriul de atribuire, respectiv punctajul pentru cel mai scăzut preț - 60 de puncte și termenul de livrare al produsului - 40 puncte.

În urma respingerii documentației de atribuire, ANAP a solicitat entității contractante reanalizarea ponderii factorului de evaluare - termen de livrare produs, în raport cu relevanța, avantajele economice și financiare rezultate din cadrul ofertelor depuse (...).

Pentru a nu se distorsiona rezultatul procedurii, s-a recomandat ca ponderea factorului tehnic să nu depășească 10-15%, *„(...) tot la factorul de evaluare aveți în vedere faptul că ponderea stabilita de 60% acordată prețului poate distorsiona rezultatul procedurii.*

Stabilirea ponderilor se va realiza cu aplicarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, pe considerente de rentabilitate, proporțional cu efectele economice previzionate precum și cu asigurarea

unei concurențe reale între operatorii economici. Menționați și termenul peste care oferta este declarată neconformă”.

Față de cele de mai sus, entitatea contractantă susține că a retransmis spre publicare în SICAP, documentația modificată conform respingerii ANAP din data de 03.12.2018.

Referitor la cele susținute de către contestator privind cerința solicitată în fișa de date la Cap. III 1.2.Capacitatea economică și financiară, respectiv că ar fi lipsită de relevanță deoarece nu se menționează din ce activități trebuie realizată media anuală a cifrei de afaceri pe anii 2015, 2016 și 2017, entitatea contractantă solicită menținerea cerinței, ca o asigurare a faptului ca prestatorul are capacitate financiară să ducă la bun sfârșit obligațiile contractuale asumate, precum și capacitate de a acoperi eventualele prejudicii ce ar putea rezulta din neexecutarea obligațiilor contractuale.

În continuare, arată că în ipoteza în care un operator economic nu poate îndeplini singur cerințele solicitate poate recurge la capacitatea altor entități, după cum prevede Legea nr. 99/2016 și fișa de date, respectiv prin invocarea susținerii în cadrul ofertării.

Solicitarea contestatoarei de a modifica cerința, pentru a da eficiență în sensul de a impune, ca media anuală a cifrei de afaceri să fie realizată din activitatea de furnizare a produselor similare cu cele care fac obiectul contractului, contravine legislației aplicabile.

În conformitate cu prevederile art. 188 alin. (2) din Legea 99/2016, entitatea contractantă arată că poate solicita un nivel minim al cifrei de afaceri anuale, inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului sectorial/acordului cadru.

Entitatea contractantă arată că a solicitat la Cap. III 1.2 Capacitatea economică și financiară din fișa de date ca media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2015, 2016, 2017) să fie cel puțin de ... lei, astfel că, prin urmare a se solicita o cifră minimă de afaceri anuale îndeplinită de către ofertant din valoarea totală a vânzărilor de bunuri și servicii într-o anumită perioadă de timp.

Susține că legea nu prevede ca cerința sa fie realizată prin similaritatea produselor furnizate de ofertanți în ultimii 3 ani, ci lasă posibilitatea entităților contractante să stabilească nivelul minim al cifrei de afaceri și în mod distinct dacă se dorește, după caz, prin demonstrarea acesteia raportat la domeniul obiectului contractului, din cifra de afaceri minimă anuală și nu prin raportare la furnizarea produselor similare.

O acceptare a modificării cerinței, conform celor solicitate de către contestator, ca media anuală a cifrei de afaceri să fie realizată din activitatea de furnizare a produselor similare cu cele ce fac obiectul contractului, va reprezenta o îngrădire în vederea participării la procedura de atribuire.

În continuare, entitatea contractantă arată că remedierea cerinței de la Cap. III 1.2 din fișa de date în sensul celor solicitate de

contestator, contravine prevederilor invocate mai sus, cât și a principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Având în vedere cele declarate în contestație cu privire la cerințele privind securitatea aeroportuară prin care se menționează obligația ofertantului câștigător de a anunța cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare, în scris, informații privind datele de identificare ale peroanelor și mijloacelor de transport ce urmează să facă livrarea, entitatea contractantă menționează că obligația acestuia este în concordanță cu normele referitoare la accesul persoanelor și autovehiculelor în zonele de securitate ale entității contractante, iar desfășurarea activității specifice în perimetrului aeroportuar, în stricta conformitate cu standardele și reglementările interne în domeniul securității aeronautice, impuse prin Programul Național de Securitate Aeronautică, Ediția 2/2004 aprobat prin HG 443/2005, Programul de Securitate al .., Procedurilor și Instrucțiunilor de securitate aeroportuară în exercițiu la nivelul aeroportului.

Față de solicitarea contestatorului privind corelarea obligației de mai sus cu factorul de evaluare privind durata de livrare, entitatea contractantă arată că este o solicitare nefondată, întrucât ofertantul câștigător transmite datele de identificare conform cerințelor privind securitatea aeroportuară, prin urmare obligativitatea îndeplinirii acestei etape îi revine în mod exclusiv promitentului furnizor, în consecință în calitate de ofertant acesta poate oferta orice termen de livrare pe care îl consideră cert pentru îndeplinirea contractului subsecvent și implicit acordului cadru. Astfel că, cele 2 zile stabilite prin cerințele privind securitatea aeroportuară nu se circumscriu termenului de livrare, ci reprezintă o condiție impusă din rațiuni de securitate, în ceea ce privește accesul în .., în vederea livrării.

Subliniază confuzia pe care o face contestatorul între termenul de livrare pe care vrea să-l propună și care va face obiectul evaluării și o etapă preliminară de transmitere a unor documente prin care se verifică îndeplinirea cerințelor de securitate și accesul în ... SA.

Referitor la cele solicitate de către contestator de a redefini factorul de evaluare astfel încât ofertarea unei perioade mai mici de 3 zile să nu reprezinte motiv de respingere a ofertei, menționează faptul că în fișa de date la Cap. II 2.5 - Criteriul de atribuire se prevede modalitatea în care oferta va fi declarată neconformă, respectiv: dacă depășește termenul maxim de livrare de 14 zile.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei cu privire la anexa nr. 1 la caietul de sarcini privind normele privind securitatea și sănătatea în muncă, în sensul ca sunt stabilite o serie de obligații care nu au nicio legătură cu obiectul contractului, entitatea contractantă arată că anexa nr. 1 la caietul de sarcini este obligatorie și se aplică tuturor celor care desfășoară activități în spațiile aflate în proprietatea, administrarea, folosința ... SA.

Anexa 1 la caietul de sarcini reprezintă o transpunere a obligațiilor legale de securitate și sănătate în muncă stabilită în conformitate cu prevederile Legii nr. 319/2006, HG nr. 1425/2006, declarația de politică a ... SA, procedurile și asumarea responsabilităților agenților economici ce desfășoară activități în spatiile aflate în proprietatea, administrarea, folosința ... SA, pentru prevenirea evenimentelor de muncă.

Prin adresa nr. 328/06.02....., înregistrată la CNSC sub nr. ../ 06.02....., entitatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord cadru de achiziție publică, având ca obiect: „.....", cod CPV 24951310-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare nr. CN 1008392/....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 4.517.240,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț".

Analizând criticile contestatorului referitoare la documentația de atribuire, Consiliul constată că o primă critică privește cerința din Fișa de date de la cap. III.1.1.B) privind „Capacitatea de exercitare a activității profesionale", potrivit căreia *„ofertanții au obligația să prezinte certificat constatator, detaliat emis de ORC din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar livrarea produselor similare solicitate prin documentația de atribuire",* pe care urmează să o admită având în vedere considerentele ce urmează.

Potrivit art. 185 alin. (1), (2), (3) și (5) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la :*

a) *capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
b) *situația economică și financiară;*
c) *capacitatea tehnică și profesională.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte criterii privind capacitatea față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criterii privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului cadru și ***să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia****".*

Interpretarea dată de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporționalității din dreptul comunitar, privește *„impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite*" (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul reține că eventuala condiționare a prezentării certificatului constatator, detaliat emis de ORC din care să reiasă că ofertantul are ca obiect de activitate principal sau secundar livrarea de produse similare cu degivrantul lichid nu are legătură cu capacitatea de exercitare a activității profesionale și este nerelevantă prin raportare la obiectul și natura contractului ce urmează a se atribui.

În ceea ce privește critica referitoare la factorul de evaluare *„termenul de livrare a produsului"* – pondere 15%, Consiliul o va analiza împreună cu cerința criticată din caietul de sarcini la cap. V privind *„obligația ofertantului câștigător de a anunța cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare, în scris, informații privind datele de identificare ale persoanelor și mijloacele de transport ce urmează să facă livrarea".*

Astfel, dispozițiile art. 209 alin. (4) și (5) din Legea nr.99/2016, stabilesc următoarele:

„În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate – preț / calitate – cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului cadru.

Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

c) serviciile post – vânzare, asistență tehnică ***și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare*** *sau de finalizare (...)".*

De asemenea, sunt relevante în prezenta cauză și prevederile art. 38 alin. (8) și (9) care stabilesc următoarele:

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

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care entitatea 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 sectorial/acordului-cadru. Pentru fiecare factor de

evaluare entitatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanta 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".

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse care să fie de o anumită performanță, sau a căror livrare să respecte anumite termene și rigori sunt stabilite de fiecare entitate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul entității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 394/2016.

În raport cu prevederile legale ante menționate și ținând seamă atât de specificul activității entității contractante cât și natura și obiectul contractului, rezultă fără putință de tăgadă faptul că, termenul de livrare constituie alături de preț un element esențial al contractului ce urmează a se atribui, motiv pentru care entitatea contractantă l-a ales ca factor de evaluare cu o pondere de 15%.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a impune ..... și, cu atât mai mult, obligația entității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că, folosirea unui factor de evaluare nu ar crea nici un avantaj evident în favoarea entității contractante.

Astfel fiind, entitatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație. Opțiunea modificării factorilor de evaluare precum și a cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări documentației de atribuire.

Situația fiind similară și în ceea ce privește critica referitoare la ponderea factorului prețul ofertei, Consiliul va respinge ambele critici ca nefondate.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că, pentru o corectă și justă aplicare a factorului de evaluare „*termen de livrare*", entitatea contractantă trebuie să coreleze aplicarea acestui factor de evaluare cu cerințele caietului de sarcini de la cap. V privind *„obligația ofertantului câștigător de a anunța cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare, în scris, informații privind datele de identificare ale persoanelor și mijloacele de transport ce urmează să facă livrarea",* în acest sens fiind și dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora *„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care*

conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Consiliul nu poate reține ca întemeiată critica potrivit căreia impunerea unui termen maxim de livrare de 14 zile, constituie criteriu de calificare, deoarece această cerință a fost inclusă în cadrul caietului de sarcini, nerespectarea ei având ca efect declararea ofertei ca neconformă și nicidecum ca inacceptabilă.

De asemenea, nu poate fi reținută nici solicitarea contestatorului de a impune ca media anuală a cifrei de afaceri să fie realizată din activitatea de furnizare a produselor similare, deoarece o atare situație ar avea caracter restrictiv și ar fi în contradicție cu prevederile art. 37 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016, care stabilesc următoarele:

„(1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

(2) Entitatea contractantă are dreptul de a impune ca cerință minimă de calificare, în raport cu situația economică și financiară a ofertanților/candidaților, un anumit nivel al unor indicatori economici sau financiari, numai în cazul în care indicatorii respectivi au o legătură concretă cu un eventual risc de neîndeplinire a contractului sectorial/ acordului-cadru”.

Separat de faptul că SC ..... SRL nu a reușit să indice nicio normă legală care să îi impună entității să ceară ca, media anuală a cifrei de afaceri să fie realizată doar din activitatea de furnizare produse similare cu cele ce fac obiectul contractului, respectiv produse similare degivrantului lichid, este de observat că, prin solicitarea sa de restrângere a sferei naturii cifrei de afaceri, contestatoarea urmărește să își agraveze nu numai propria situație, ci și a celorlalți potențiali ofertanți, rigorile de participare la licitație devenind mai stricte.

De altminteri, din parcurgerea contestației se constată că SC ..... SRL nici nu reclamă faptul că entitatea, prin actuala ..... pe care o atacă, i-ar îngrădi în vreun fel dreptul de a participa la licitație. Practic, dacă s-ar da curs solicitării contestatoarei, de limitare a participării doar a ofertanților care fac dovada că media anuală a cifrei de afaceri a fost realizată doar din activitatea de furnizare produse similare cu cele ce fac obiectul contractului, respectiv produse similare degivrantului lichid, se ajunge la îngrădirea severă a accesului la procedură pentru potențialii ofertanți, deopotrivă de contestabilă de către aceștia.

În acest context, trebuie amintit că este în interesul public și al entității contractante, să propună contractul unui număr cât mai mare de concurenți. Astfel cum a precizat deja CJUE în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37, unul dintre obiectivele normelor Uniunii în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil. Această deschidere spre concurență nu este avută în vedere doar în raport cu interesul Uniunii privind libera circulație a bunurilor și a serviciilor, ci și în raport cu interesul propriu al autorității contractante implicate, care dispune astfel de o alegere mai vastă cu privire la oferta cea mai avantajoasă economic și cea mai potrivită nevoilor autorității publice în cauză. Prin faptul că ar acorda potențialilor ofertanți șansa de a prezenta

oferte, autoritatea s-ar priva de această posibilitate.

Raționamentul este reiterat constant în jurisprudența Curții, exemple fiind Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, C-337/06, EU:C:2007:786, punctul 39, și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data

Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 34.

Mai mult, art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 dispune că orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, iar prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire.

Similar, Codul de procedură civilă stabilește, la art. 32 și 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenție;

d) justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

În hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În speță, prin solicitarea ca entitatea să circumstanțieze condițiile de calificare pentru ofertanți, reclamanta tinde să își agraveze situația în propria „*cale de atac*", ceea ce este, dincolo de îndoială, lipsit de interes pentru reclamantă (dar și pentru ceilalți operatori economici), împrejurare în care se poate reține și incidența excepției lipsei de interes. În contextul în care societatea reclamantă ar dovedi Consiliului că cifra sa de afaceri provine doar din furnizarea de degivrant, este evident că ea nu îndeplinește condițiile de a fi considerată persoană vătămată, în sensul Legii nr. 101/2016, întrucât absența solicitării cifrei de afaceri particularizate de către entitate nu îi cauzează reclamantei nicio vătămare, ea putând participa nestingherită la licitație și în absența amintitei cerințe.

Potrivit art. 33 C. proc. civ., interesul (procesual) al contestatorului trebuie să fie personal, ceea ce înseamnă că SC ..... SRL nu poate contesta documentația de licitație în numele altor societăți comerciale interesate să participe la procedură sau al entității contractante, ci doar în nume propriu, iar în nume propriu nu are calitatea de persoană vătămată prin actul entității.

Contestația nu poate servi ca mijloc de blocare cu rea-credință a investiției entității contractante sau ca prilej de dezbateri teoretice pe marginea legalității cerințelor impuse de organizatoarea achiziției. Totodată, prin declanșarea demersului jurisdicțional trebuie să se urmărească asigurarea propriilor interese ale contestatoarei, nu interesul general de respectare a legii ori interesul altor operatori economici. Interesul reprezintă folosul urmărit de către cel care a pus în mișcare acțiunea și el trebuie să îndeplinească următoarele cerințe: să fie legitim, să fie născut și actual, să fie personal și direct. Interesul este legitim atunci când nu contravine legii, însă prin faptul că SC ..... SRL urmărește îngrădirea accesului la licitație al operatorilor a căror cifră de afaceri nu provine doar din furnizarea de degivrant, un asemenea interes nu poate fi considerat legitim, pe fondul obligației entității de a asigura

accesul cât mai larg la procedură, direcție trasată și de art. 63 din Legea nr. 99/2016:

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

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

După cum a remarcat și entitatea, niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe, iar scopul de a fi eliminată o mare parte din concurență conduce la vătămarea acesteia, dar și a entității. Prin actuala formulă, respectiv lipsa condiționării realizării cifrei de afaceri din activități de furnizare produse similare, organizatoarea nu a instituit o poziție privilegiată a concurenței în raport cu SC ..... SRL și nici viceversa.

În consecință, Consiliul nu îi impune entității contractante să restrângă sfera de operatori pe criteriul provenienței cifrei de afaceri, critica fiind nefondată.

Pe de altă parte în ceea ce privește critica referitoare la Anexa nr. 1/C la caietul de sarcini - „*Norme privind securitatea și sănătatea în muncă*”, Consiliul apreciază că prevederile art. 164 din Legea nr. 99/2016 mai sus iterate sunt pe deplin aplicabile și în acest caz. Desigur, Normele privind securitatea și sănătatea în muncă reprezintă o transpunere a obligațiilor legale de securitate și sănătate în muncă stabilită în conformitate cu prevederile Legii nr. 319/2006, a HG nr. 1425/2006 și Declarația de Politică a ... SA. Pe de altă parte, astfel cum confirmă și entitatea contractantă în cadrul punctului de vedere exprimat la prezenta contestație, aceste norme reglementează procedurile și asumarea responsabilităților agenților economici care desfășoară activități în spațiile aflate în proprietatea, administrarea, folosința acesteia cu scopul de a preveni evenimentele/accidentele de muncă. Or, în condițiile în care obiectul prezentei proceduri îl constituie furnizarea de produse și nu implică activități de lucrări sau servicii, Consiliul apreciază că entitatea contractantă ar trebui să menționeze în mod clar și concret care sunt prevederile aplicabile din aceste norme și modul de aplicare a acestora, în caz contrar ele având caracter excesiv.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, în ceea ce privește cerința cu privire la certificatul constatator, Anexa nr.1/C referitoare la Normele privind securitatea și sănătatea în muncă și corelarea cerinței din caietul de sarcini privind „obligația ofertantului

câștigător de a anunța cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare” cu factorul de evaluare „termenul de livrare al produsului” și va obliga entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la data comunicării.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte critici.

Referitor la solicitarea SC ..... SRL privind obligarea entității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte cuantumul și detalierea cheltuielilor efectuate, Consiliul va respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea entității contractante la plata de cheltuieli de judecată.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA, în ceea ce privește cerința cu privire la certificatul constatator, Anexa nr.1/C referitoare la Normele privind securitatea și sănătatea în muncă și corelarea cerinței din caietul de sarcini privind „obligația ofertantului câștigător de a anunța cu minim 2 zile lucrătoare înainte de livrare” cu factorul de evaluare „termenul de livrare al produsului” iar, pe cale de consecință, obligă entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la data comunicării.

Respinge ca nefondate celelalte critici.

Respinge ca nedovedită solicitarea contestatorului privind obligarea entității contractante la plata de cheltuieli de judecată

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
...	...	...