

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. 1915/C1/2002

Data: 30.08.2021

Prin contestația nr. 286/02.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40723/05.08.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul .., având CUI, reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de către, cu sediul în, județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului cadru având drept obiect: „Diverse produse alimentare – Lot 5” cod CPV 15000000-8, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 18108/27.07.2021.

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

În fapt, contestatorul precizează că la cap. IV.4.1 din fișa de date a achiziției, s-a specificat faptul că: „Operatorul economic trebuie să dispună de cel puțin un mijloc de transport pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului. Ofertantul va trebui să prezinte documente care să demonstreze că dispun de un mijloc de transport adecvat, autorizat conform prevederilor Ordinului nr. 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor; prezentarea de documente trebuie să confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și copia autorizării la autoritatea competentă, valabilă la data limită de depunere a ofertei”. De asemenea, în cadrul caietului de sarcini Cap. VIII Transportul produselor se solicita următoarele: „Vehiculele să fie închise, izoterme, răcite în prealabil și prevăzute cu instalație frigorifică, pentru a asigura menținerea temperaturii necesare păstrării calității produselor pe tot timpul transportului”.

Arată că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. 14741/04.06.2021, în acest sens fiind transmisă autorizația sanitar veterinară nr. 825/24.10.2019; ulterior, autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr. 14736/18.06.2021 la care SC

SRL a răspuns, prezentând autorizația sanitar-veterinara nr. 868/12.06.2020, precum și contractul de închiriere al autoutilitareii din 14.06.2021, această mașină fiind dotată cu sistem de răcire.

Contestatorul precizează că oferta sa a fost respinsă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 40 alin. (1) din Legea nr. 131/2015, întrucât nu s-a specificat nici în fișa de date a achiziției și nici în caietul de sarcini faptul că operatorul economic trebuie să dețină la momentul depunerii ofertei o mașină cu sistem de răcire; acest aspect este menționat doar la punctul unde se vorbește despre transportul produselor.

În concluzie, contestatorul precizează că nu a fost specificat în nici un document din documentația de atribuire faptul că la momentul depunerii ofertei, trebuie să dispună de un mijloc de transport dotat cu sistem de răcire. Astfel că în timpul procedurii, SC SRL a închiriat, după care a achiziționat un mijloc de transport care să corespundă cerințelor, pentru a le avea la dispoziție în momentul specificat de autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 42180/12.08.2021, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207411725/1 din data de 09.08.2021, tranzacția nr. 1114251312/1911075450, emisă de CEC Bank Unitatea:, în valoare 31771,39 lei, aferentă dosarului în cauză, constituită conform art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă transmite prin adresa nr. 14204/09.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 41965/11.08.2021, dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că a întocmit documentația de atribuire cu respectarea prevederilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, în cadrul căreia sunt redată toate informațiile necesare cu privire la modul de formare a ofertei, iar în ceea ce privește caietul de sarcini întocmit, acesta respectă prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 și conține cerințe foarte clare și detaliate, pe baza cărora să se poată elabora de către fiecare ofertant, propunerea tehnică.

Menționează că fișa de date a achiziției cuprinde informații complexe referitoare la aplicarea concretă a procedurii, informații destinate tuturor potențialilor ofertanți interesați. Mai mult, sunt redată și informațiile cu privire la termenele în care puteau fi adresate solicitări de clarificări autorității contractante în cazul în care existau anumite neclarități. De asemenea, în conformitate cu cerințele Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din cadrul Fișei de date a

achiziției, respectiv: „Specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini sunt minimale și obligatorii. Elementele propunerii tehnice vor fi prezentate detaliat și complet în corelație cu prevederile caietului de sarcini. Ofertele care nu îndeplinesc în mod corespunzător cerințele minime ale caietului de sarcini, sunt considerate neconforme, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice coroborat cu art. 137 alin.(3) lit. a) din HG nr. 395/2016. Oferta tehnică va cuprinde în mod obligatoriu următoarele (...) 4. Operatorul economic trebuie să dispună de cel puțin un mijloc de transport pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului. Ofertantul va trebui să prezinte documente care să demonstreze că dispun de un mijloc de transport adecvat, autorizat conform prevederilor Ordinului 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor; prezentarea de documente trebuie să confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și copia autorizării la autoritatea competentă, valabilă la data limită de depunere a ofertei”.

Totodată prin intermediul caietului de sarcini au fost solicitate la punctul VIII Transportul produselor, următoarele cerințe: „(...) Vehiculele sa fie închise, izoterme, răcite în prealabil și prevăzute cu instalație frigorifică, pentru a asigura menținerea temperaturii necesare păstrării calității produselor pe tot timpul transportului. Mijloacele de transport vor fi autorizate sanitar-veterinar de către organismele specializate astfel încât:

- să asigure pe toată durata transportului păstrarea nemodificată a caracteristicilor nutritive, organoleptice și fizico-chimice și microbiologice a produselor;
- să asigure protecția împotriva prafului, insectelor și rozătoarelor;
- să evite contaminarea chimică sau biologică;
- se face cu mijloace care să asigure pe toată durata transportului păstrarea nemodificată a caracteristicilor nutritive, organoleptice, fizico-chimice și microbiologice a produselor (...).”.

Arată de asemenea că, la punctul X. Modul de prezentare a ofertei tehnice - Caietul de sarcini au fost solicitate și aspecte precum: „(...) 4. Operatorul economic trebuie să dispună de cel puțin un mijloc de transport pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului. Ofertantul va trebui să prezinte documente care să demonstreze că dispun de un mijloc de transport adecvat, autorizat conform prevederilor Ordinului nr. 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor; prezentarea de documente trebuie să confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și copia autorizării la autoritatea competentă, valabilă la data limită de depunere a ofertei”.

Subliniază că acest aspect denotă faptul că cerințele din documentația de atribuire privind necesitățile autorității contractante au fost foarte evidente, chiar pe alocuri repetitive.

Față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează că prin intermediul Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date achiziției și punctelor VIII Transportul produselor și X. Modul de prezentare a ofertei tehnice din cadrul caietului de sarcini, încărcat în SEAP, în cadrul documentației de atribuire, au fost redate toate informațiile necesare întocmirii Propunerii tehnice și totodată ținând cont de gama diversificată a produselor alimentare pe care autoritatea contractantă intenționează să o achiziționeze pe întreaga durată de desfășurare a acordului-cadru (24 luni), pe de-o parte, în cuprinsul caietului de sarcini se află solicitate și produse perisabile, ca de exemplu Fasole verde congelată 1 kg - poziția 50, Mazăre congelată 1 kg - poziția 68 etc. produse al căror regim termic trebuie respectat cu strictețe, în conformitate cu cerințele stabilite de producător, iar pe de altă parte se intenționează să se achiziționeze și alte categorii de produse alimentare care la rândul lor, în funcție de fiecare produs în parte, au un regim termic bine stabilit de producător și care trebuie respectat (ca de ex. ciocolata, conserve etc, trebuie transportate la temperaturi de până la +25 de grade C), totodată având în vedere durata de 24 de luni a acordului-cadru și faptul că produsele solicitate de către autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire vor fi livrate în toate cele patru anotimpuri, în special și în sezonul de vară, fapt ce a impus acordarea unei atenții speciale din partea autorității contractante și asupra mijloacelor de transport a acestor produse până la destinația finală, aspect consemnat în cadrul documentației de atribuire prin solicitarea ofertanților ca până la data limită de depunere oferte să facă dovada că dispun de mijloace de transport autorizate la autoritatea competentă, închise, izoterme, răcite și prevăzute cu instalație frigorifică, iar prezentarea documentelor trebuia să confirme modul de dispunere: proprietate/ contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și acestea să fie valabile la data limită de depunere a ofertei.

În conformitate cu respectarea prevederilor art. 133 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 395/2016 și conform atribuțiilor prevăzute la art. 127 alin (1) lit. f) di același act normativ, autoritatea contractantă susține că a evaluat cu maximă exigență conformitatea propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini, atât a ofertantului SC SRL cât și a celorlalți ofertanți participanți în procedură. Astfel, a solicitat ofertantului SC SRL clarificări conform adresei nr. 13741/04.06.2021, iar prin intermediul punctului 28 din adresă au fost solicitate următoarele: „ 28. Având în vedere cerința din fișa de date a achiziției cap. IV.4.1 „ Modul de prezentare al propunerii tehnice (...) și ținând cont de faptul că

ofertantul nu a transmis în SEAP, până la data limită de depunere oferte, niciun document doveditor care să demonstreze că dispune de un mijloc de transport autorizat, comisia de evaluare solicită clarificări ofertantului în acest sens”.

De asemenea, au fost solicitate ofertantului SC SRL solicitări de clarificări suplimentare prin adresa nr. 14736/18.06.2021, astfel: „ Având în vedere cerința din Fișa de date a achiziției cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice – (...)”, ținând cont, de asemenea de cerințele caietului de sarcini solicitate de către autoritatea contractantă la punctul VIII Transportul produselor (...) și având în vedere documentul depus de către ofertant în acest sens, respectiv - Autorizație sanitar-veterinară și pentru siguranța alimentelor pentru mijloacele de transport al produselor de origine animală nr. 825 din 24.10.2019 - Mijlocul de transport Autoutilitara NI1 ... (...) Condiții de temperatura (...) 1. fără regim termic, (...) Condiții de transport 3. ambalat, 4. împachetat, din cuprinsul căruia nu reiese faptul că mijlocul de transport specificat, dispune de regim termic adecvat, deoarece în cuprinsul gamei de produse alimentare pe care autoritatea contractantă intenționează să le achiziționeze se află și produse perisabile, ca de exemplu Fasole verde congelata 1 kg - poziția 50, Mazăre congelata 1 kg - poziția 68, etc, produse al căror regim termic trebuie respectat cu strictețe, în conformitate cu cerințele stabilite de producător pentru fiecare categorie de produs în parte, iar transportul acestora la destinația finală obligatoriu va fi efectuată de către furnizor cu vehicule autorizate, avizate și prevăzute cu instalație frigorifică. Comisia de evaluare solicită ofertantului clarificări în acest sens”.

Față de cele mai sus menționate, precizează că răspunsul transmis al ofertantului SC SRL nu a fost considerat concludent de către autoritatea contractantă datorită faptului că ofertantul a transmis un document care nu aparține ofertantului SC SRL, așa cum reiese din cuprinsul autorizației, acesta aparține operatorului economic ... SRL. De asemenea, ofertantul a transmis și documentul: Contract de închiriere încheiat între SC .. SRL și SC SRL, contract care nu figurează cu vreun număr de înregistrare, în cuprinsul căruia fiind specificată o dată ulterioară termenului limită de depunere oferte, respectiv „Termenul contractului de închiriere a autoutilitarei N1 este de doi ani, începând cu data de 14.06.2021”.

Drept urmare, având în vedere aspectele antemenționate și cu îndeplinirea tuturor obligațiilor și a îndatoririlor ce-i revin, autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei depuse de către ofertantul SC SRL ca fiind neconformă, deoarece așa cum este specificat atât în fișa de date a achiziției, cât și în cadrul caietului de sarcini, până la data limită de depunere a ofertelor, ofertantul trebuia să facă dovada că dispune de un mijloc de transport adecvat (prevăzut cu instalație

frigorifică), autorizat, iar documentele prezentate trebuiau să confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și totodată aceste documente trebuiau să fie valabile la data limită de depunere a ofertei, cerință care nu a fost îndeplinită de către ofertantul SC SRL.

Mai mult în cuprinsul contestației depuse, contestatorul afirmă că aceste documente au fost întocmite după data limită de depunere oferte, acesta declarând „Astfel că în timpul procedurii, SC SRL a închiriat, după care a achiziționat un mijloc de transport care să corespundă cerințelor autorității contractante, pentru a le avea la dispoziție în momentul specificat de autoritatea contractantă și anume la transport”.

Autoritatea contractantă reiterează faptul că SC SRL nu a depus în SEAP niciun document doveditor care să demonstreze că dispune de vreun mijloc de transport autorizat, iar în urma solicitării de clarificări nr. 13741/04.06.2021 acesta a transmis ca și răspuns Autorizația nr. 825/24.10.2019, care nu era prevăzută cu regim termic, ceea ce a condus la transmiterea unor solicitări de clarificări suplimentare din partea autorității contractante în urma cărora, autoritatea contractantă nu a primit un răspuns concludent din partea ofertantului SC SRL, datorită faptului că Autorizația nr. 868 din 12.06.2020 depusă nu aparține ofertantului SC SRL, așa cum reiese din cuprinsul autorizației, aceasta aparținând operatorului economic ... SRL, iar documentul de confirmare a modului de dispunere, respectiv Contractul de închiriere încheiat între SC ... și SC SRL, nu figurează cu număr de înregistrare, în cuprinsul său fiind specificat ca și termen, o dată ulterioară termenului limită de depunere oferte, respectiv „Termenul contractului de închiriere a autoutilitarei N1 este de doi ani, începând cu data de 14.06.2021”, ceea ce denotă faptul că acest document nu a existat la data limită de depunere a ofertelor, respectiv data de 12.05.2021 ora 15.00, fiind întocmit de către ofertant ulterior, în faza de evaluare a ofertelor; fapt ce a condus la respingerea ofertei depuse de către ofertantul SC SRL cu respectarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru având drept obiect: „Diverse produse alimentare – Lot 5” cod CPV 15000000-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. .../09.04.2021, conform căruia

valoarea estimată a contractului este de 1.588.569,60 lei, fără TVA. Potrivit cap. II.2.5, criteriul de atribuire este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate de SC SRL îl constituie decizia autorității contractante din cadrul raportului procedurii nr. 18108/27.07.2021 de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale pe motiv că nu satisface în mod corespunzător cerințele documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) referitoare la „deținerea în dotare a unui mijloc de transport autorizat”, Consiliul îl va analiza în mod unitar prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[.../00004] FisaDate_DF1109982.pdf” intitulate generic „Fișa de date”, secțiunea IV.4.1. la „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„4. Operatorul economic trebuie sa dispună de cel puțin un mijloc de transport pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

Ofertantul va trebui să prezinte documente care să demonstreze că dispun de un mijloc de transport adecvat, autorizat conform prevederilor Ordinului 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor; prezentarea de documente trebuie sa confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/ angajament de punere la dispoziție si copia autorizării la autoritatea competenta, valabila la data limita de depunere a ofertei”.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit **cap. VIII al caietului de sarcini**, ofertanții aveau obligația de a dovedi că au în dotare mijloace de transport necesare pentru realizarea obiectului acordului cadru, după cum urmează:

„VIII. TRANSPORTUL PRODUSELOR

Transportul produselor se va efectua de către operatorul economic, cu mijloace de transport adecvate, prețul transportului fiind inclus în prețul contractului.

Furnizorul va asigura livrarea produselor cu respectarea legislației aplicabile acestuia așa cum este ea prezentată de către Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorului.

Produsele se transporta numai în mijloacele de transport destinate acestui scop, care trebuie să fie curate, aerisite, dezinfectate, lipsite de mirosuri străine, neinfestate și ferite de orice posibilitate de poluare, degradare sau contaminare.

Vehiculele să fie închise, izoterme, răcite în prealabil și prevăzute cu instalație frigorifică, pentru a asigura menținerea temperaturii necesare păstrării calității produselor pe tot timpul transportului. Mijloacele de transport vor fi autorizate sanitar-veterinar de către organismele specializate astfel încât:

- să asigure pe toată durata transportului păstrarea nemodificată a caracteristicilor nutritive, organoleptice și fizico-chimice și microbiologice a produselor;
- să asigure protecția împotriva prafului, insectelor și rozătoarelor;
- să evite contaminarea chimică sau biologică;
- se face cu mijloace care să asigure pe toată durata transportului păstrarea nemodificată a caracteristicilor nutritive, organoleptice, fizico-chimice și microbiologice a produselor;
- se va efectua cu mijloacele de transport ale furnizorului, pe cheltuiala acestuia până la centrele din subordinea Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului, avizate corespunzător de către direcția sanitar veterinară”.

iar la **pct. 4, cap. X** al aceluiași document se stipulează:

„4. Operatorul economic trebuie să dispună de cel puțin un mijloc de transport pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului. Ofertantul va trebui să prezinte documente care să demonstreze că dispun de un mijloc de transport adecvat, autorizat conform prevederilor Ordinului 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor; prezentarea de documente trebuie să confirme modul de dispunere: proprietate/contract de închiriere/angajament de punere la dispoziție și copia autorizării la autoritatea competentă, valabilă la data limită de depunere a ofertei”.

Din interpretarea cerințelor mai sus iterate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a impus ofertanților să dovedească prin propunerile tehnice, printre altele, că îndeplinesc în mod cumulativ următoarea cerință: **dețin în dotare (dotare proprie/inchiriere/alte forme de punere la dispoziție) cel puțin un mijloc de transport adecvat pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului care să fie autorizat conform prevederilor Ordinului nr. 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor.**

Având a determina în ce măsură stabilirea în cadrul fișei de date și caietului de sarcini a unor condiții privind capacitatea tehnică a ofertanților, în speță condiția deținerii în dotare cel puțin a unui mijloc de transport autorizat conform prevederilor Ordinului nr. 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor, poate constitui motiv de respingere în etapa de evaluare a ofertelor, Consiliul apreciază ca fiind aplicabile următoarele prevederi legale:

- **art. 172 din Legea nr. 98/2016:** „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

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

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- **art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016:** „Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului”;

- **art. 30 din HG nr. 395/2016:** „(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă stabilește criterii de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criterii de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) *Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă **și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise***”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic /organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse **în anunțul de participare**, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.

Or, cerința inclusă în fișa de date/caietul de sarcini, conform căreia ofertanții vor face dovada „*deținerii în dotare a cel puțin unui mijloc de transport autorizat conform prevederilor Ordinului nr. 57/2010 emis de Autoritatea Națională Sanitar Veterinară și pentru Siguranța Alimentelor*”, are natura unei cerințe de calificare și de selecție care ar fi trebuit să se regăsească menționată în mod corespunzător și explicit în cuprinsul anunțului de participare și nicidecum inclusă în mod artificial doar în cuprinsul fișei de date / caietului de sarcini, astfel încât oferta să fie respinsă prin raportare la o pretinsă neconcordanță cu această cerință.

În conformitate cu dispozițiile art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „*criteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare*”.

Având în vedere caracterul documentelor pretinse a lipsi din propunerea tehnică contestatorului, respectiv demonstrarea deținerii unor mijloace de transport autorizate, Consiliul reține că aceasta nu reprezintă o specificație tehnică a produselor alimentare ce urmează a fi furnizate (în sensul dispozițiilor art. 20 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016) necesar a fi evaluată în etapa tehnică, ci ține de capacitatea ofertantului de a executa contractul de achiziție publică (în speță de a presta servicii cu caracter accesoriu furnizării constând în transportul produselor), încadrându-se astfel în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor.

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică ofertantului se stabilesc la nivelul **anunțului de participare**, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctele **III.1.) și III.1.3)**, autoritatea contractantă **nu a**

menționat **nicio cerință** prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada deținerii în dotare a unui mijloc de transport autorizat, cerință care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, se constată că acesta reprezintă o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Prin stabilirea unor criterii de calificare corespunzătoare, autoritatea contractantă putea și trebuia să evite consecințele negative ale atribuirii contractului în favoarea unui contractant care nu are potențialul tehnic și/sau organizatoric de a duce la îndeplinire obligațiile contractuale. Prin urmare, în această etapă a procedurii de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă nu poate adăuga cerințe/specificații noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor, autoritatea contractantă încercând în acest moment să interpreteze/includă anumite cerințe care nu au fost menționate în mod expres în cadrul anunțului de participare astfel încât să devină obligatorii, încălcând astfel principiul transparenței și tratamentului egal.

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p.

I- 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și

Wienstrom, C- 448/01, Rec., p. I- 14527, punctul 47), constituie

într- adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a

*contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea
Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19
iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar obligația
autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde
chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din
17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213,
punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și
C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul 26)”.
Stabilirea în fișa de date / caietul de sarcini a unor cerințe de
calificare considerate nescrise fiind sancționată cu nulitatea absolută,
este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei
solicitări de clarificări; în același sens, nu poate fi pusă în discuție
eventuala tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare
nescrise din caietul de sarcini, în condițiile în care scopul unei astfel de
reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze
prezuate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care
este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care
autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe
existența unor clauze nescrise care deși contrar legii nu sunt incluse în
anunțul de participare, conduc totuși la respingerea ca neconformă a
ofertelor pentru neîndeplinirea lor.*

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată
de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub
autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de
evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest
principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de

prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi

revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a

stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova,

C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie

2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a

amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are

obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a

stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date” și în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice; în atare condiții, respingerea ofertei contestatorului în cadrul etapei de evaluare ca fiind inacceptabilă și neconformă, este lipsită de temei legal, din moment ce unicul criteriu pe care comisia de evaluare l-a constatat neîndeplinit de către acesta a fost cel inserat exclusiv în fișa de date / caietul de sarcini.

Având a se pronunța potrivit principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost investit de către contestator, respectiv cu privire la respingerea ofertelor datorită omisiunii de a demonstra că dispune de un mijloc de transport autorizat, Consiliul reține că prin

indicarea doar în fișa de date / caietul de sarcini a unei cerințe de calificare fără a o menționa în cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă și-a asumat riscul ca, în cadrul procedurii, să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe de calificare și nu și-a descris în mod obiectiv necesitatea sa.

Având în vedere cerințele din fișa de date / caiet de sarcini antemenționate raportat la prevederile legale în domeniu Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a evaluat această cerință cu rigurozitatea unui formalism exagerat, precizările referitoare la deținerea unui mijloc de transport autorizat din cuprinsul documentației de atribuire fiind, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauză nescrisă atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea anunțului de participare, documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea anunțului de participare, documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.