

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 înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de..., cu sediul în mun..... nr..... județul..., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin Av...., cu sediul ales pentru comunicarea..... nr....., împotriva documentației procedurii, emis de către....., nr....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Acord cadru furnizare alimente: UNT, TELEMEA” - cod..., s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere, respectiv: cu privire la factorul de evaluare „Distanța de la locul de producție până la locul de consum/mediul de transport prietenos”, solicită în principal eliminarea acestui factor de evaluare, ce reprezintă 20% din total punctaj și în subsidiar, diminuarea cuantumului acestui factor de evaluare la maxim 5% din total punctaj.

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

Contestatorul... formulează contestație împotriva documentației procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Acord cadru furnizare alimente: UNT, TELEMEA”, solicitând obligarea autorității contractante să adopte măsuri de remediere, potrivit celor menționate în partea introductivă a prezentei decizii.

În prealabil, contestatorul inserează extras din fișa de date a achiziției, susținând că, potrivit acesteia, pentru toate loturile contestate, s-a precizat ca și criteriu de atribuire, conform pct. II....., „Cel mai bun raport calitate-preț”, alături de alți factori de evaluare și factorii de evaluare contestați.

În continuare, prezintă critici aduse factorului de evaluare contestat, după cum urmează:

- contestatorul înțelege să critice atât factorul de evaluare în sine, cât și cuantumul acestui punctaj (procentul de 20%), precum și algoritmul de calcul.
- contestatorul susține că factorul de evaluare criticat este considerat nelegal de către instanțele judecătorești și..., sens în care evidențiază soluția pronunțată în dosar nr...., pronunțată de..., făcând trimitere totodată și la Decizia... nr.... din care inserează print screen.

Pe fondul cauzei... prezintă următoarele aspecte:

Cu privire la obiectul achiziției publice/lipsa de relevanță a criteriului contestat, contestatorul a susținut că este esențial de menționat faptul că în această industrie, raportat la numărul... mare de competitori, marjele de profit nu depășesc 5-10 %, aspect reflectat în diferențele mici de prețuri licitate (departajarea fiind dată de calitatea produsului/materiilor prime). Astfel, o intervenție brutală în piață, prin alocarea unui punctaj în cuantum de 20% (și care oricum nu aduce niciun avantaj beneficiarului) pentru criterii de apartenență la un areal geografic/administrativ și/sau naționalitate (distanță) este de natură nu numai să distorsioneze concurența, ci chiar să o elimine, fiind evident edictată cu nerespectarea principiului supremației dreptului unional.

În ceea ce privește „Distanța de la locul de producție la locul de consum”, contestatorul evidențiază că, între activitatea de depozitare în depozite frigorifice fixe (aproape de autoritatea contractantă) și depozitarea în mijloacele de transport frigorifice pe durata deplasării (unde nu mai contează distanța față de autoritatea contractantă), autorizate de DSVSA, nu este absolut nicio diferență.

Acesta a subliniat că între un frigider fix (depozitul frigorific de la sediul operatorului economic) și unul mobil (mijlocul de transport frigorific), ambele autorizate sanitar-veterinar pentru acest scop, nu este nici o diferență.

În susținere, inserează extras din adresa... nr...., menționând că acordarea acestui factor de evaluare cu pondere de 30% din punctaj elimină, încă o dată, concurența din afara regiunii întinatei, pe considerente pretins calitative care, potrivit precizărilor instituțiilor abilitate, nu au legătură cu calitatea produsului.

Contestatorul a invocat lipsa de relevanță cu privire la punctarea distanței/transportului aferent doar unei etape de producție:

În acest sens, contestatorul a arătat că, în procesul de producție, până la etapa produsului finit, pentru produsele ce fac obiectul contestației, există cel puțin trei etape principale, după cum urmează: etapa creșterii animalului; etapa procesării laptelui; etapa depozitării produsului procesat, în vederea distribuirii acestuia.

Totodată, evidențiază că se punctează o etapă, dintre cele 3 posibile, care este foarte posibil să nici nu reprezinte distanța cea mai scurtă, întrucât, după etapa procesării produsului, produsele se

depozitează uzual în depozite frigorifice aparținând altor participanți la acest proces comercial.

... apreciază ca fiind important de precizat, faptul că a probat în cauză faptul că toate transporturile au același regim calitativ cu depozitarea, sens în care, în opinia S.A., din această perspectivă, deplasarea materiei prime sau a produsului finit pe teritoriul țării/Europei nu afectează calitatea produsului.

În susținere, face trimitere la jurisprudența....

Mai mult, contestatorul susține că aspectele de mediu țin în principal de energii regenerabile și ambalaje reciclabile, sens în care cei implicați în această activitate au realizat investiții în desfășurarea activităților cu aceste energii regenerabile și în folosirea ambalajelor reciclabile, singurele în măsură să contribuie la un mediu mai curat, nicidecum simpla existență a unui depozit în proximitatea beneficiarului.

Totodată, menționează că, pentru o amprentă de carbon cât mai redusă, a efectuat investiții substanțiale atât în energie electrică din surse regenerabile (panouri solare), pentru activitatea de producție/depozitare, cât și în mijloace de transport electrice, sens în care eliminarea S.A. din competiție, pentru unicul considerent că un concurent care nu folosește energii regenerabile are un depozit/spațiu de producție pe strada..., este nelegală, inclusiv din perspectiva protecției mediului.

Contestatorul susține că factorul de evaluare criticat încalcă legislația internă, invocând prevederile art. 8 din Legea nr. 21/1996.

Totodată, referitor la nelegalitatea din prisma legislației achizițiilor publice, privind factorul de evaluare criticat conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii, contestatorul a susținut că factorii de evaluare trebuie să asigure o concurență reală și orice procedură de achiziție publică trebuie să conducă la acest rezultat, fiind interzisă stabilirea unor factori de evaluare (sau a ponderii acestora) care să conducă la distorsionarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă trebuind să se asigure de faptul că acel factor de evaluare îi aduce un avantaj real, să nu fie formal și, cu atât mai mult, să nu excludă ofertanți pe criterii care nu au legătură cu criteriile de calificare și selecție/capacitate prevăzuți de art.... din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, acesta invocă dispozițiile art. 189 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 2 alin. (2), lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, prevederile art. 49 și 50 din același act normativ, precum și alin. (2) al art. 32 din HG nr. 395/2016.

Reiterează că, acest factor de evaluare nu prezintă niciun avantaj real sau calitativ pentru autoare, distorsionează vădit însăși procesul de achiziție, reprezentând doar un mod defectuos de cheltuire a banului public, prin majorarea artificială a costului achiziției pentru cauze care nu au legătură cu obiectul contractului.

De asemenea, acesta a susținut că, în fapt, suntem în prezența a două texte ale aceluiași act normativ care se exclud reciproc, menționând că, în opinia S.A., aparent art. 188 alin.3 din Legea nr.98/2016 permite utilizarea acestor factori de evaluare, dar totodată art. 2 alin. 2, precum și art. 49-50 și art. 189 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și alin. (2) și alin. (8) al art. 32 din HGR 395/..., se opun utilizării acestor factori de evaluare care (i) înlătură orice concurență pe criterii de apartenență la un areal geografic și/sau model de afacere și (ii) nu aduc nici un avantaj real intimatei.

În aprecierea acestuia, în aplicarea legii naționale, autoritatea contractantă poate aplica criteriile prevăzute de art. 188 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, doar condiționat de respectarea celorlalte prevederi ale aceleiași legislații, respectiv doar în măsura în care poate dovedi (cel puțin) avantajul real pe care l-ar obține din plăți suplimentare către destinatari de pe aceeași stradă cu intimata sau către destinatari care nu au emis facturi electronice către un distribuitor.

Consideră că, testul legalității și proporționalității ar trebui făcut doar după ce intimata are o minimă justificare formală a cauzelor pentru care ține neapărat să plătească suplimentar pentru același produs.

În ceea ce privește factorul de evaluare criticat, contestatorul apreciază că acesta încalcă dispozițiile art. 34 (ex-articolul 28 TCE) și ale art. 18 și art. 67 din Directiva... /24/UE), susținând că, deși acest factor de evaluare este prevăzut de legislația națională (art. 188 din Legea nr. 98/2016), acesta se află în contradicție cu dreptul unional, respectiv cu Articolul 34 (ex-articolul 28 TCE) și cu Articolele 18 și 67 din Directiva... /24/UE, aspect constatat atât de..., cât și de....

... invocă constatarea încălcării dreptului unional cu privire la acești factori de evaluare, precizând următoarele aspecte:

În concret, în opinia S.A., factorul de evaluare „distanța de la locul de producție, până la locul de consum” a fost subiect și de legiferare suplimentară, prin art. XI al OUG nr.34/2023.

Acesta menționează că, prin art. VI al OUG nr. 52/2004, publicată în M.O. nr...., a fost abrogat art. XI al OUG nr. 34/2023, indicând faptul că motivele adoptării OUG nr.52/2004 (nota de fundamentare) sunt atașate contestației și se regăsesc la adresa web a SGG <https://sgg.gov.ro/1/wp-content/uploads/2024/05/NF-79.pdf>, inserând extras din aceasta.

În acest sens, contestatorul citează și actele normative unionale la care se face referire în nota de fundamentare menționată și invocă jurisprudența CJUE.

Contestatorul menționează că, referitor la obligația instanțelor naționale și a organismelor cu atribuții jurisdicționale de a asigura direct efectul deplin al normelor dreptului..., fără să fie nevoie de așteptarea abrogării normei interne de către legiuitor sau declararea neconstituționalității acesteia.

În aprecierea acestuia, judecătorul național trebuie să interpreteze legislația națională în conformitate cu dispozițiile constituției statului său, având obligația de a interpreta legislația internă astfel încât să nu încalce obligațiile impuse de dreptul UE.

Astfel, subliniază faptul că judecătorul național, în calitatea S.A. de prim judecător al dreptului Uniunii, are misiunea de a aplica, în cadrul competenței sale, dispozițiile de drept ale UE având obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme, în dreptul intern.

În susținere, invocă jurisprudența CJUE.

Menționează că, în concret, instanțele judecătorești, indiferent de gradul de jurisdicție, precum și organismele cu atribuții jurisdicționale, au obligația să aplice normele de drept al..., având competențe depline sub acest aspect, în acord cu dispozițiile constituționale.

În acest sens, contestatorul invocă art. 148 din....

Prin urmare contestatorul apreciază că este mai mult decât evident faptul că factorul de evaluare criticat: „distanța de la locul de producție la sediul autorității contractante”, încalcă dispozițiile Articolului 34 (ex-articolul 28 TCE) și ale Articolelor 18 și 67 din Directiva... /24/UE), respectiv, indiferent de legiferarea internă, aceștia sunt și rămân nelegali.

Pe fondul cauzei..., prezintă următoarele aspecte:

Cu privire la lipsa de relevanță a criteriului contestat, în ceea ce privește distanța dintre furnizor (locul de aprovizionare) și autoritatea contractantă, din perspectiva sanitar-veterinară, contestatorul susține, cu titlu prioritar, că între activitatea de depozitare în depozite autorizate/frigorifice fixe (aproape de autoritatea contractantă) și depozitarea în mijloacele de transport autorizate/frigorifice pe durata deplasării (unde nu mai contează distanța față de autoritatea contractantă) și autorizate DSVSA, nu este absolut nici o diferență.

Acesta explică faptul că, în opinia S.A., între un depozit/frigidier fix (depozitul frigorific de la sediul operatorului economic) și unul mobil (mijlocul de transport frigorific), ambele autorizate sanitar - veterinar pentru acest scop, nu este nicio diferență.

În acest sens, contestatorul face trimitere la adresa... nr.....

Astfel, apreciază că acordarea unei ponderi de 20% din punctaj, acestui factor de evaluare, elimină (încă o dată) orice concurență pe criterii de preț, - singurul criteriu care va face departajarea ofertanților fiind doar distanța.

Cu privire la lipsa de relevanță a criteriului contestat, în ceea ce privește reclamantul/contestatorul care deține fabrica procesatoare/ depozit în municipiul..., distanța până la beneficiar (mun....) este de 181 km (mai jos prezentare...), iar vehiculele contestatorului vor parcurge această distanță în aproximativ 2 ore și 30 de minute, transport care, în mod evident, poate fi efectuat în aceeași zi.

În ceea ce privește lipsa de relevanță a criteriului contestat, inclusiv din perspectiva protecției mediului, contestatorul a arătat că un mijloc de transport electric (cum este cazul contestatorului) contribuie la un mediu de transport prietenos într-o măsură net superioară unui mijloc propulsat de un motor cu combustie internă, indiferent de distanța parcursă.

Totodată, a susținut că un motor cu combustie internă EURO 6 d-temp (ultima versiune a EURO 6) poluează la 1... km cu mult mai puțin decât motoarele EURO 5 (fără uree) la 10 km, neputând fi comparate cu motoarele EURO 2-EURO 4.

Într-o primă concluzie, menționează că, un mediu de transport prietenos este determinat de tipul de motor, și nu de distanță.

De asemenea, contestatorul evidențiază că, pentru producția și transportul/furnizarea „produselor”, distanța dintre ofertantul produsului finit și beneficiar nu este un factor decisiv, pentru următoarele considerente:

- ultima etapă din lanțul de producție (furnizarea produsului finit) este doar o etapă și nu cea mai relevantă;

- o în acest sens, esențial cauzei din perspectiva transportului prietenos cu mediul, contestatorul a solicitat a se reține că materia primă poate proveni de la sute sau mii de kilometri de locul de producție, relevantă fiind „amprenta de carbon” calculată pe întreg lanțul de producție și nu doar la ultima etapă.

- o mai mult, „amprenta de carbon” presupune evaluarea întregului lanț, de la producția materiei prime până la furnizarea produsului, ceea ce lasă lipsit de relevanță factorul de evaluare criticat. Pentru a fi și mai exacti: producția în sine poate fi (și, în cele mai multe cazuri, este) mai poluantă decât transportul; prin urmare, evaluarea impactului asupra mediului doar pentru ultima etapă (transportul produsului finit) este nerelevantă.

Pentru evitarea oricăror dubii, contestatorul a precizat că, pentru o amprentă de carbon cât mai redusă, au fost realizate investiții substanțiale în energii electrice din surse regenerabile (panouri solare) pentru activitatea de producție/depozitare; pe acest temei, eliminarea contestatorului din competiție doar pentru că un concurent care nu utilizează energii regenerabile are locul de producție mai aproape de intimată cu 1 (un) kilometru, ori pe strada..., este nelegală, inclusiv din perspectiva protecției mediului.

În legătură cu lipsa de relevanță a criteriului contestat inclusiv din prisma prețului ce va fi oferat, contestatorul susține că, mai mult, nicio eventuală susținere a unui preț mai scăzut al transportului, determinat de distanță, nu reprezintă un avantaj real pentru factorul de evaluare contestat, întrucât prețul este în sine un factor de evaluare, distinct de cel criticat, respectiv avantajul real al unui preț mai scăzut este materializat în factorul de evaluare „prețul ofertei” cu o pondere de 40%

și este mai mult decât evident că un așa-zis preț pretins „majorat” de costurile de transport mărite face oferta necompetitivă, cu consecință în adjudecarea licitației de ofertantul care oferă prețul cel mai scăzut.

Contestatorul reiterează faptul că marjele de profit sunt între 5% (marea majoritate) și 10 (maxim) %, contestatorul nu are cum reduce prețul cu alți... % (demonstrație mai sus), pentru a surmonta avantajul acordat producătorilor vecini cu intimata, sens în care, concurența nu este numai denaturată, dar și efectiv înlăturată (contractele de achiziție publică sunt contracte cu titlu oneros - art. 3, alin. 1, pct. 12 din Legea nr. 98/2016).

Cu privire la distorsionarea și chiar înlăturarea concurenței, contestatorul indică un exemplu de înlăturare a concurenței - ofertant potențial (operator economic real din domeniul produselor lactate):... (producător lactate)- sediu în str.... nr... față de beneficiar:... km (google map - print screen)

Menționează că punctajul obținut la criteriul distanței de acest operator economic (real) din același domeniu de activitate, într-o potențială participare la această licitație: 20 (douăzeci) puncte (distanța minimă de... km față de beneficiar).

De asemenea, precizează că punctajul ce ar fi obținut de contestatorul la 181 km față de beneficiar, în raport cu potențialul ofertant...: 0... (zero...) puncte (... /181x20puncte)

În opinia acestuia, în mod evident, nu poate exista justificare în a afirma că atunci când se află în fața raionului cu unt sunt dispuși să plătească cu 90% mai mult (demonstrație mai jos și în ceea ce privește criteriul distanței mai jos) doar pe considerentul că, produsul este adus de la o distanță mai scurtă, neexistând un avantaj real în plata cu 90% mai mult a acestor produse, doar pe considerentul vecinătății cu beneficiarul.

Contestatorul reiterează faptul că marjele de profit sunt între 5% (marea majoritate) și 10 (maxim) %, contestatorul nu are cum reduce prețul cu 53% (demonstrație mai jos), pentru a surmonta avantajul acordat producătorilor vecini cu intimata, sens în care, concurența nu este numai denaturată, dar și efectiv înlăturată (contractele de achiziție publică sunt contracte cu titlu oneros - art. 3, alin. 1, pct. 12 din Legea nr. 98/2016).

Susține că, în fapt, pentru a compensa cele..., 4 puncte pierdute la factorul de evaluare „distanța” (în exemplul indicat), respectiv pentru un plus de..., 5 km față de un ofertant situat la până la... km de beneficiar, se impune obținerea aceluiași..., 4 puncte din singurul criteriu posibil, cel al prețului, care are o pondere de 40%. În consecință, contestatorul susține că trebuie să formuleze o ofertă cu 53 (cincizeci și trei) % mai ieftină față de ofertantul care beneficiază, în mod artificial, de cele..., 4 puncte suplimentare datorită apropierii de beneficiar.

În aceste condiții, contestatorul indică faptul că, pentru un produs oferat, cu titlu exemplificativ, la prețul de..., ofertantul care beneficiază de cele..., 4 puncte suplimentare aferente factorului „distanță” poate prezenta un preț de peste... 0 (una sută nouăzeci) lei și, totuși, se poate clasa pe primul loc datorită avantajului conferit de distanță.

Contestatorul exemplifică cele de mai sus (preț... vs...) într-un tabel comparativ, cu aplicarea factorilor de evaluare prețul și distanța.

În concret, acesta susține că prin acest criteriu al distanței, apreciat ca absurd, se preferă un produs cu 90 (nouăzeci)% mai scump (... + 90%=...), deși are exact aceleași caracteristici.

Contestatorul susține că, deși distorsionarea rezultatului, ca urmare a aplicării factorului de evaluare III criticat, nu poate fi combătută pertinent (cel mult pentru a completa formal o poziție), întrucât aritmetica expusă mai sus este aceeași, se exemplifică și cu cazuri concrete de irosire a banului public.

În acest sens, contestatorul depune în probațiune fișa de date a achiziției și Raportul final al procedurii aferente unei proceduri similare, respectiv anunț SEAP nr...., în continuare „procedura similară”, înscrisuri care fac proba faptului că, factorul de evaluare criticat prin contestația introductivă are doar două efecte, niciunul de natură a justifica menținerea acestuia, respectiv:

- i. înlătură competiția, fără un beneficiu real pentru autoritatea contractantă și
- ii. conduce la plata din bugetul statului a unor costuri suplimentare, pentru același produs, doar pe considerentul faptului că ofertantul (care are prețul cel mai mare) este mai aproape de beneficiar, fără ca această apropiere să aducă un beneficiu real autorității contractante (în exemplul invocat).

În acest sens, contestatorul apreciază că, din actele depuse aferente procedurii similare, rezultă următoarele:

a) Același tip de produse, același tip de beneficiar și același tip de punctaj apreciat ca absurd și nerelevant: o distanță dintre producător și beneficiar (mai jos extras în facsimil din fișa de date)

b) Plăți suplimentare și evident nejustificate, pentru exact aceleași produse, doar în considerarea factorului contestat în procedura pendinte (distanța).

Contestatorul inserează sub formă tabelară informații referitoare la produsul „Lapte și produse din lapte” precum și extras din raportul final al „procedurii similare”, indicând că, diferență, doar într-un an, este de peste....

c) În concret, în procedura similară, invocată cu titlu de exemplu, rezultă distorsionarea competiției prin aplicarea unui astfel de factor de evaluare, respectiv diferențele la toate loturile unde câștigătorul a oferat un preț mai mare, dar a beneficiat de așa-zisul avantaj al „distanței”;

doar într-un an/întreaga „procedură similară” este de peste... (un milion) lei.

Susține că, dacă această risipă se înmulțește cu zeci și chiar sute (inclusiv unități militare, cantine etc.) de astfel de autorități și entități publice, care achiziționează bunuri similare în cantități similare, se poate înțelege amploarea fenomenului generat de acest factor de evaluare al „distanței” (sute de milioane de lei, anual, „aruncate pe fereastră”), care, în viziunea S.A., nu aduce niciun beneficiu real. Contestatorul arată că se au în vedere beneficiile reale, adică acele beneficii urmărite de orice cumpărător de bună-credință (similar modului în care fiecare consumator își ia deciziile în magazinele alimentare), și nu beneficii inventate pentru a justifica formal un criteriu.

În concret, contestatorul evidențiază că, și trecând peste desconsiderarea drepturilor legitime ale producătorilor și comercianților români/europeni, este de-a dreptul revoltător ca, în contextul majorării fiscalității, același... să promoveze (prin entitățile ce cheltuie bani publici) sau să accepte/tolereze o astfel de risipă a banului public, pentru unicul considerent al apropierii furnizorului/producătorului de beneficiar.

d) Contestatorul arată că un alt element ce decurge din aplicarea criteriului contestat constă în aceea că, potrivit procedurii similare, prețul ofertei (unicul element/factor de evaluare competitiv) nu poate surmonta factorul de evaluare criticat - al distanței - indiferent de quantumul la care acesta ar fi menținut, întrucât diferențele de punctaj financiar aferente primelor oferte (cele serioase) se situează între sub 1 punct și maxim 6-7 puncte.

Cu privire la lipsa de relevanță a criteriului contestat - contestatorul susține că prospețimea unui produs este determinată de o dată cât mai apropiată a producției (eventual de o dată de valabilitate cât mai îndepărtată) și nicidecum de distanță.

În acest sens, pentru a preîntâmpina eventuale apărări privind prospețimea produsului ca pretins beneficiu al factorului de evaluare criticat, contestatorul formulează următoarele precizări:

Prospețimea unui produs ține exclusiv de cea mai apropiată dată a producției, eventual de o dată de valabilitate a produsului (inscripționată, de altfel, pe toate produsele) cât mai îndepărtată de data furnizării produsului.

Acesta apelează la aspecte de notorietate care, prin banalitatea lor, înlătură orice alte aprecieri: în concret, este evident că orice persoană de bună-credință, pusă în fața alegerii unui produs după criteriul prospețimii, verifică data fabricației sau data de valabilitate a produsului și nicidecum sediul furnizorului.

Totodată, evidențiază că, în opinia S.A., sub nicio formă nu se poate aprecia un produs ca fiind mai proaspăt pentru motivul că, deși a fost ținut o lună de la data fabricației într-un depozit frigorific, locația depozitului este mai apropiată de beneficiar, iar un produs a cărui dată a

fabricației este de câteva zile ar fi mai puțin proaspăt doar fiindcă provine de la o distanță mai mare, și aceasta în condițiile în care nu există nici o diferență între depozitul frigorific fix și cel mobil folosit la transportul produselor.

Prin adresa nr....., înregistrată la... sub nr..... transmite strategia de contractare împreună cu punctul său de vedere față de contestația formulată de..., solicitând Consiliului respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că procedura este împărțită în 2 loturi, ambele loturi fiind contestate. Pentru ambele loturi, autoritatea contractantă a ales același criteriu de atribuire - cel mai bun raport calitate-preț - utilizând aceiași factori de evaluare, întrucât alimentele ce fac obiectul procedurii sunt cu livrare zilnică sau de 2-3 ori/săptămână (autoritatea contractantă precizează că spitalul este de tip pavilionar - 15 locații pe raza municipiului Tg. Mureș - magazia de alimente fiind într-o locație separată).

Menționează că... este o unitate sanitară publică cu paturi, de interes local, județean și regional. Tipurile de servicii medicale acordate de... sunt: preventive, curative, de recuperare și paliative, de îngrijire în caz de graviditate și maternitate, precum și a nou-născutului.

În opinia S.A., spitalul nu poate fi nicidecum asociat unei ființe umane, considerând totodată că nu sunt relevante diversele exemple pe care le invocă contestatorul, citate de aceasta pentru exemplificare.

Autoritatea contractantă susține că funcționează și achiziționează bunuri, servicii și produse ghidați de reguli, în baza unei legislații clar stabilite și încercând să respecte și să implementeze dispozițiile în materie, inclusiv îndrumările și Ordinele... pentru....

Indică faptul că criteriul de atribuire ales este în conformitate cu prev. Legii nr...., respectiv HG nr. 395/2016 și anume- „cel mai bun raport calitate-preț”, inserând sub formă tabelarului factorul de evaluare și punctajul aferent.

Aceasta apreciază că prin factorii de evaluare aleși nu doar că nu încalcă legislația, ci, dimpotrivă, respectă prevederile legale în materie și aduce în discuție Ordinul președintelui... pentru... nr.... pentru aprobarea criteriilor ecologice aplicabile categoriilor de produse care au impact asupra mediului pe durata întregului ciclu de viață, prevăzute în anexa nr.... la Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin... nr....., respectiv în anexa nr.... la Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin... nr....) Criteriile ecologice la care se face referire sunt cuprinse în anexele nr.... care fac

parte integrantă din ordin iar Anexa nr.... este cea care face referire la alimente.

În opinia S.A., factorii de evaluare aleși sunt preluați și adaptați procedurii tocmai din Ordinul menționat - Anexa nr.... - Alimente. Autoritatea contractantă susține că nu a urmărit limitarea libertății comerțului, ci adaptarea la propriile nevoi a unor factori de evaluare impuși printr-un act normativ, utilizând un procentaj destinat să confere un avantaj spitalului.

În ceea ce privește prevederile legislative naționale comparativ cu dreptul unional invocat de contestatorul, autoritatea contractantă susține că nu se consideră în măsură să le comenteze; de asemenea, arată că nu este în măsură să își exprime acordul asupra intrării în vigoare a unui....

Subliniază că aceasta este obligată să respecte încadrarea în țintele anuale impuse prin Programul național de achiziții ecologice...), din..., parte integrantă din... 427/2025, în vigoare de la..., publicat în..., Partea I nr.... din..., la care autoritatea contractantă arată că este ținută să se alinieze.

Citează contextul acțiunilor: „Impactul asupra mediului poate fi redus prin cumpărarea de produse, servicii și lucrări pentru care se aplică criteriile ecologice, obținându-se beneficii precum:

- 1) reducerea amprente de carbon a produselor și serviciilor achiziționate;
- 2) reducerea poluării factorilor de mediu și protejarea biodiversității;
- 3) promovarea economiei circulare prin utilizarea mai eficientă a resurselor naturale, stimularea cererii de materiale secundare, promovarea tehnologiilor ecologice, a serviciilor de reparații și reutilizare;
- 4) contribuția la realizarea obiectivelor politice ecologice privind schimbările climatice, eficiența energetică;
- 5) promovarea inovării și a competitivității;
- 6) economisirea resurselor publice, luând în considerare costul pe ciclul de viață”.

În continuare, inserează sub formă tabelară, extras din plan de acțiune: Categoriile de produse, servicii și lucrări și țintele anuale stabilite pentru fiecare categorie.

Revenind la factorii de evaluare, autoritatea contractantă a arătat:

- lanțul de aprovizionare reprezintă un factor de evaluare asociat prevederilor art. 187 (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, referitor la condițiile de comercializare a produselor, respectiv lanțul scurt de aprovizionare care facilitează interacțiunea dintre consumatori și producători, prin raportare.
- Distanța de la locul de producție până la locul de consum/mediul de transport prietenos întrucât acesta este inclus în Ordinul...,

apreciat ca aplicabil pentru produsele ce urmează a fi consumate în stare proaspătă, cum este și cazul de față - unt, telemea - și, prin urmare, a fost acordat un procentaj de 20%. Prin includerea acestui factor de evaluare se urmărește și reducerea amprentei de carbon.

- factorul Produs ecologic este incident, ofertantul trebuind să livreze produse certificate ecologic, motiv pentru care a fost alocat un procent de 10%.

În susținere, autoritatea a invocat prevederile art. 2 alin. (1) din Ordinul..., menționând că, dintre factorii de evaluare impuși prin ordin, autoritatea contractantă a arătat că a ales ceea ce a considerat oportun obiectului procedurii în speță. Astfel, spre exemplu, a fost considerat potrivit factorul „Distanța de la locul de producție până la locul de consum/mediul de transport prietenos” în detrimentul factorilor „Produs înregistrat pe schema de calitate UE (IGP, STG, DOP)” sau „Produs tradițional” sau „Produs atestat pe schema de calitate” sau „rețete consacrate” sau „Produs montan” etc.

Contestatorul a apreciat factorii și punctajul ales de autoritatea contractantă, precum și de alte autorități contractante (același timp de beneficiar) (aplicat în virtutea respectării aceleiași Ordin...) ca fiind „absurd și irelevant”. În opinia autorității contractante, nu este în apanajul său de a emite comentarii - aceasta doar este obligată să îi implementeze.

În altă ordine de idei, apreciază că justificarea alegerii factorilor și a ponderii acestora este însăși Ordinul....

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă menționează că a procedat la suspendarea în SEAP a loturilor 1 și 2.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... în cuantum de..., eliberată de....

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Acord cadru furnizare alimente: UNT, TELEMEA” - cod..., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare CN1... /..., conform căruia valoarea estimată a procedurii este... fără TVA. Criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând obiectul contestației, se reține că acesta îl constituie factorul de evaluare „Distanța de la locul de producție până la locul de consum” stabilit în cadrul criteriilor de atribuire ale celor 2 loturi, contestatorul apreciind că factorul de evaluare în cauză nu aduce nici un

beneficiu autorității contractante și are ca efect distorsionarea concurenței.

În soluționare, se reține că, potrivit cap. II.... Criterii de atribuire din fișa de date a achiziției, pentru loturile contestate, a fost ales criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț”, unul din factorii de evaluare fiind: „Distanța de la locul de producție până la locul de consum/ mediul de transport prietenos - pondere 20 %.

Algoritm de calcul: Pentru distanța cea mai scurtă - se acorda punctajul maxim de 20 puncte.

- Pentru restul distanțelor, punctajul se acorda proporțional $P_{dist} = \text{dist min} / \text{dist ofertată} \times 20$ puncte.

Se urmărește reducerea amprentei de carbon.

Se punctează cea mai scurtă distanță de livrare de la zona de producție la o locație de referință”.

Rezultă astfel că, ofertanții vor demonstra îndeplinirea cerinței prin prezentarea în cadrul propunerii tehnice de informații cu privire la distanța (exprimată în Km) pe care o va parcurge între locul de producție al produsului oferit și sediul de consum al autorității contractante.

Analizând factorul de evaluare criticat, Consiliul reține că, în prezenta cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 187 alin. (3): „Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispozițiile alin. (2), autoritatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire: (...) a) cel mai bun raport calitate-preț;

- art. 187 alin. (4): „(...) cel mai bun raport calitate- preț (...) 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”;

- art. 188 alin. (1): „Factorii de evaluare prevăzuți la art. 187 alin. (4) au legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică/ acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și în orice stadiu al ciclului lor de viață, chiar dacă acești factori nu fac parte din substanța materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective”;

- art. 188 alin. (3) lit. c): „În sensul dispozițiilor alin. (1), pentru categoriile de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru prevăzute la art. 187 alin. (8) lit. c), autoritatea contractantă va avea în vedere cel puțin factori de evaluare în legătură cu: (...)

b) lanțul de aprovizionare - canale scurte de aprovizionare;

c) cea mai scurtă distanță de la locul de producție la locul de consum”.

Având a determina caracterul întemeiat al criticii privind factorul de evaluare „Distanța de la locul de producție până la locul de consum”,

Consiliul reține că, potrivit prevederilor art. 9 alin. (3) lit. (f) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are următoarele obligații:

„(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:

(...)

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, criteriile de calificare privind capacitatea și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați”.

Or, analizând „Strategia de contractare” elaborată de autoritatea contractantă cu nr...., Consiliul reține că acesta cuprinde doar o justificare sumară a factorului în cauză, respectiv că „se urmărește *reducerea amprente de carbon*”, fără a se explica de ce este justificat a se institui astfel de limitări și excluderi a agenților economici prin relevarea avantajului pe care îl obține autoritatea contractantă, în condițiile în care piața comună instituită prin... au la bază tocmai asigurarea unei egalități a agenților economici în cadrul UE, fără a se avea în vedere frontierele și distanțele, singurul criteriu de departajare între aceștia fiind necesar să fie unul obiectiv, și anume, modul în care pot îndeplini cerințele de fond ale documentației de atribuire.

În acest sens, Directiva... /24/UE a... și a Consiliului din 26 februarie... privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei... /18/CE, prevede la pct. 1 din preambul, că «atribuirea contractelor de achiziții publice de către sau în numele autorităților statelor membre trebuie să respecte principiile Tratatului privind funcționarea... (TFUE), mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile 'care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența».

Consiliul nu poate reține ca fiind pertinentă justificarea autorității contractante din cadrul punctului de vedere la contestație, conform căreia factorul „Distanța de la locul de producție până la locul de consum” ar fi justificat prin faptul că, prin acest factor se urmărește aprovizionarea cu produse proaspete și de calitate superioară, deoarece, stabilirea unor factori de departajare a unor furnizori pe criteriul distanței, nu aduce nici o garanție autorității contractante că produsele alimentare aduse de la distanțe mai mici vor fi mai proaspete și de calitate mai bună decât cele aduse de la distanțe mai mari.

Mai mult, în condițiile în care, autoritatea contractantă a stabilit, în cadrul documentației de atribuire, un termen maxim de 48 de ore livrării produselor alimentare, scopul invocat de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere fiind deja asigurat prin stabilirea

acestei clauze de livrare, fiind de natură a întări convingerea Consiliului, lipsa unei necesități/justificări reale de introducere a acestui factor și, în final, necesitatea eliminării acestuia.

Astfel, prin includerea în documentația de atribuire a factorului de evaluare *„Distanța de la locul de producție până la locul de consum”*, fără o legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică, s-au încălcat și prevederile art. 32 alin. (9) lit. a) și b) din HG nr. 395/2016, conform cărora *„ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect: a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau b) quantumul 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”*.

Prin urmare, neexistând o justificare obiectivă a factorului de evaluare analizat și o legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică, s-a încălcat principiul proporționalității și din perspectiva dreptului.... Astfel, în cauza T-... 5/08... Europene a statuat că *„principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare”*.

Principiul proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, trebuie avut în vedere la orice procedură de achiziție publică și trebuie aplicat, în mod concret, în fiecare caz, în funcție de particularitățile speței. Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțină constrângătoare, iar, inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia civilă nr.... 164 din 24 mai... pronunțată de... și Decizia civilă nr.... - dosar nr...., pronunțată de....

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de... în contradictoriu cu..., în ceea ce privește eliminarea factorului *„Distanța de la locul de producție până la locul de consum / mediul de transport prietenos”* și va obliga autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în

sensul eliminării acestuia din cadrul documentației de atribuire în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

...

DECIDE:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu..., în ceea ce privește eliminarea factorului „Distanța de la locul de producție până la *locul de consum / mediul de transport prietenos*” și obligă autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării acestuia din cadrul documentației de atribuire în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

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 practica deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.