



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../C.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 572/20.02.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 5968/20.02.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 6163/21.02.2017, așa cum a fost precizată prin adresa nr. 581/27.02.2017 înregistrată la Consiliu sub nr. 6865/27.02.2017, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, on-line, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de gestionare a câinilor fără stăpân de pe teritoriul municipiului ...”, cod CPV 98000000-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., având adresa de corespondență în municipiul ... și a solicitat, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și anularea procedurii de atribuire.

Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire, prin admiterea acestuia și dispunerea suspendării procedurii de atribuire. Pe rol se află celălalt capăt de cerere din contestație.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Prin contestația nr. 572/20.02.2017, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 5968/20.02.2017 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 6163/21.02.2017, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva documentației de atribuire elaborată în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, on-line, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de gestionare a câinilor fără stăpân de pe teritoriul municipiului ...”, cod CPV 98000000-3 (Rev.2), s-a solicitat, în conformitate cu prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și anularea procedurii de atribuire.

Contestatoarea aduce critici criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”, în speță unora dintre factorii de evaluare utilizați de către autoritatea contractantă, precum și punctajului acestora.

Contestatoarea precizează că prin răspunsul nr. 1047/14.02.2017 la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a modificat factorul de evaluare „distanța de la punctul de lucru până la padoc” în „distanța de la cabinetul veterinar (punctul de lucru, clinica veterinară, spital veterinar) la padoc”.

De asemenea, contestatoarea consideră că factorii de evaluare aleși nu urmăresc punctarea avantajelor concrete care ar putea fi obținute de autoritatea contractantă, lăsând loc arbitrariului în evaluarea ofertei. Astfel, factorul de evaluare „distanța de la punctul de lucru până la padoc” modificat în „distanța de la cabinetul veterinar (punctul de lucru, clinica veterinară, spital veterinar) la padoc” nu conferă o siguranță că serviciul medical va fi efectuat într-o anumită perioadă de timp, dorită de autoritatea contractantă, nu dovedește experiența sau profesionalismul necesar în îndeplinirea serviciilor din contractul de achiziție, o distanță mică față de padoc neasigurând nicio garanție de profesionalism sau calitate a lucrărilor executate.

Contestatoarea apreciază că relevanța acestui factor de evaluare este nulă, dat fiind faptul că deplasarea medicului se va face de la domiciliul solicitantului (persoanelor fizice), moment ce se poate suprapune cu solicitarea autorității contractante, care poate fi în orice punct al municipiului ... până la padoc.

S.C. ... S.R.L. menționează că autoritatea contractantă a modificat factorul de evaluare și a considerat legală publicarea, sub formă de erată, a acestei modificări.

Totodată, contestatoarea consideră că factorul de evaluare mai sus menționat distorsionează concurența, autoritatea contractantă aplicând criterii care sunt în contradicție cu legislația privind achizițiile publice, în sensul că pentru companiile situate în aceeași zonă acordă cel mai mare punctaj operatorului economic situat la 1 km de instituția sa.

Față de cele de mai sus, contestatoarea consideră că măsura anulării procedurii de atribuire este unica posibilă în prezenta speță.

Un alt aspect este pus în discuție în ceea ce privește factorii de evaluare „experiența similară a medicului veterinar principal” pentru care

ponderea este de 15%, „numărul de medici veterinari” pentru care ponderea este de 25% și „vechimea medicului veterinar principal” pentru care ponderea este de 10%.

De asemenea, contestatoarea observă că în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3. „Capacitatea tehnică și/sau profesională” se solicită ca operatorul economic să aibă angajat cu contract individual de muncă 1 medic, însă la factorii de evaluare nu se acordă niciun punctaj pentru un medic, ci doar pentru un număr minim de 3 medici, încălcându-se, în opinia acesteia, dispozițiile Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017.

În continuare, S.C. ... S.R.L. solicită eliminarea, din draftul de contract, a art. 11.1 lit. b) final referitor la acordarea penalităților, considerând că acordarea de penalități, prin observare, nu are niciun temei legal, pentru întârzierea la plata facturilor nefiind inclusă nicio penalitate.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 6073/442 C5/21.02.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante ..., între altele, înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

În vederea soluționării contestației formulate de S.C. ... S.R.L., precum și având în vedere Încheierea nr. ...privind suspendarea procedurii de atribuire, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 6443/442 C5/23.02.2017, a solicitat contestatoarei precizarea obiectului contestației, respectiv solicitarea/solicitările adresate Consiliului cu privire la actul contestat, conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. a răspuns prin adresa nr. 581/27.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 6865/27.02.2017, prin care a solicitat anularea procedurii de atribuire, deoarece măsurile de remediere a aspectelor criticate ca fiind restrictive și nelegale nu sunt de natură să permită derularea acesteia.

Prin adresa nr. 1289/23.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 6794/27.02.2017, autoritatea contractantă ... a comunicat punct de vedere la dosarul cauzei.

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă arată faptul că depune anexat dosarul achiziției publice și enumeră documentele din cadrul procedurii de atribuire care pot fi descărcate din SEAP.

În cadrul punctului de vedere face precizarea că depune atașat, ca mijloc de probă în vederea demonstrării faptului că procedura se desfășoară legal și nu sunt prevederi restrictive și nelegale în documentația de atribuire, punctul de vedere nr. 1288/23.02.2017 al medicului de specialitate veterinară (salariat al Direcției), Dr.

În finalul punctului de vedere autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, apreciind că procedura de achiziție a respectat toți pașii legali.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, on-line, fără etapă finală de llicitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de gestionare a câinilor fără stăpân de pe teritoriul municipiului ...”, cod CPV 98000000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 173006/07.02.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 22.03.2017, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 1.649.719,68 lei și 1.924.672,96 lei.

Din analiza contestației, rezultă că aceasta este formulată împotriva documentației de atribuire, respectiv:

a) împotriva factorilor de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă, menționați în cadrul criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, secțiunea IV „Procedura”, pct. IV.2.1) din fișa de date a achiziției, după cum urmează:

1. Experiența similară a medicului veterinar principal: pondere – 15%; punctaj maxim – 15;

2. Distanța de la punctul de lucru până la padoc: pondere – 20%; punctaj maxim – 20;

3. Numărul de medici veterinari: pondere – 25%; punctaj maxim – 25;

4. Vechimea medicului veterinar principal: pondere – 10%; punctaj maxim – 10; și

b) împotriva formularului de contract subsecvent de servicii, clauza 11.1 lit. b).

În ceea ce privește procedura notificării prealabile reglementată de dispozițiile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că a fost transmisă autorității contractante adresa nr. 563/10.02.2017 prin care contestatoarea solicită măsuri de remediere cu privire la 4 factori de evaluare și o clauză din modelul de acord-cadru prevăzută la art. 11.1 lit. b) final.

Autoritatea contractantă a transmis răspuns la notificarea prealabilă prin adresa nr. 1047/14.02.2017 prin care aduce la cunoștință contestatoarei faptul că adoptă unele măsuri de remediere care vor fi analizate cu ocazia soluționării contestației.

Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. critică factorii de evaluare „2. Experiența similară a medicului veterinar principal”, „3. Distanța de la punctul de lucru până la padoc”, „4. Numărul de medici veterinari” și „5. Vechimea medicului veterinar principal”.

Prin fișa de date a achiziției, la pct. IV.2.1) „Criterii de atribuire”, autoritatea contractantă a stabilit cu privire la aceștia următoarele:

„2) *Experiența similară a medicului veterinar principal (...)*

Descriere: Componenta tehnică.

Experiența similară a medicului veterinar principal adică alte contracte cu același obiect de activitate (de acordare servicii veterinare câinilor cu sau fără stăpân pentru vechime mai mare sau egală de 2 ani).

Algoritm de calcul: Pentru vechime = 2 ani se acordă punctajul maxim, respectiv 15 puncte,

Pentru un număr mai mic de ani se aplică formula $P2 = (\text{nr. ani propuși}/\text{nr. maxim de ani ceruți}) \times 15$ $P2_{\text{max}} = 15$ puncte”.

3) Distanța de la punctul de lucru până la padoc (...)

Descriere. Componenta tehnică. Distanța de la punctul de lucru, al ofertantului pe raza municipiului ... (pentru distanța cea mai mică măsurată de la punctul de lucru, până la locul de prestare a serviciilor veterinare ofertate-padoc). Padocul este pe str. IC Brătianu FN), respectiv $D_{\text{min}} = 1 \text{ km}$ ($D_{\text{min}} = 1 \text{ km}$, unde D_{min} = distanța minimă, distanța în kilometri pe șosea până la punctul de lucru).

Algoritm de calcul: Pentru cea mai mică distanță se acordă punctajul maxim (padocul este pe str. IC Brătianu FN), respectiv $D_{\text{min}} = 1 \text{ km} = 20$ puncte ($D_{\text{min}} = 1 \text{ km}$, unde D_{min} = distanța minimă, distanța în kilometri pe șosea până la punctul de lucru):

Pentru o distanță mai mare se aplică formula $P3 = (\text{distanța minimă}/\text{distanța ofertată}) \times 20$.

$P3_{\text{max.}} = 20$ puncte

4) Numărul de medici veterinari (...)

Descriere: Componenta tehnică. Numărul de medici veterinari de liberă practică implicați în desfășurarea serviciilor, cu asigurarea și demonstrarea faptului că sunt asigurate toate expertizele necesare pentru efectuarea serviciilor. Nr. minim de medici veterinari = 3, Nr. maxim de medici veterinari = 5

Algoritm de calcul: Pentru numărul maxim de medici veterinari (5) se acordă punctajul maxim = 25 puncte,

Pentru numărul de medici veterinari cuprins între valorile minime (3) și maxime (50, se aplică formula $P4 = (\text{nr. medici veterinari de liberă practică ofertanți}/\text{nr. maxim de medici veterinari de liberă practică ceruți}) \times 25$

$P4_{\text{max}} = 25$ puncte

5) Vechimea medicului veterinar principal (...)

Descriere: Componenta tehnică. Vechimea medicului veterinar principal; vechime = 5 ani

Algoritm de calcul: Pentru vechime maximă 5 ani se acordă punctajul maxim, respectiv 10 puncte,

Pentru un număr mai mic de ani vechime se aplică formula $P5 = (\text{nr. ani vechime ofertanți}/\text{nr. maxim de ani cerui}) \times 10$

$P5_{\text{max}} = 10$ puncte”.

Cu privire la factorul de evaluare „3. Distanța de la punctul de lucru până la padoc”, Consiliul constată că S.C. ... S.R.L. îl consideră nelegal, restrictiv și că, în opinia contestatoarei, acesta nu are niciun fel de legătură cu nivelul de calitate, experiență sau de profesionalism necesar în îndeplinirea serviciilor din contractul de achiziție, considerând că o distanță mică față de padoc a operatorului economic nu asigură nicio garanție de profesionalism sau calitate a serviciilor prestate.

În susținerea criticilor contestatoarea arată că autoritatea contractantă a impus și condiții restrictive acordând maxim de puncte pentru distanța de 1 km interzicând astfel participarea în procedură a

operatorilor economici care nu au cabinet pe raza municipiului ..., avantajând în mod evident operatorul al cărui cabinet este cel mai apropiat de padoc, situație față de care apreciază că factorul de evaluare este nelegal, restrictiv, încalcă principiile proporționalității, transparenței, în condițiile în care avantajează operatorul al cărui cabinet este cel mai apropiat de padoc.

Cu privire la factorul de evaluare 3 „Distanța de la punctul de lucru până la padoc”, Consiliul constată că, prin adresa nr. 1047/14.02.2017, ca răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei următoarele:

„2) Solicitare:

«Factorul de evaluare care privește distanța de la punctul de lucru până la padoc este nelegal, restrictiv și nu are nici un fel de legătură cu nivelul de calitate, de experiență sau de profesionalism necesar în îndeplinirea serviciilor din contractul de achiziție, o distanță mică față de padoc a operatorul economic neasigurând nici o garanție de profesionalism sau calitate a lucrărilor executate».

2. Măsura de remediere:

Autoritatea contractantă face următoarele precizări:

S-a omis a se preciza că factorul de evaluare «distanța de la punctul de lucru la padoc» se referă la distanța de la punctul de lucru al cabinetului veterinar (clinica veterinară, spital veterinar, cabinet veterinar) și nu a sediului social al operatorului economic; în concluzie nu este obligatoriu ca sediul și punctul de lucru să fie pe teritoriul municipiului ...;

Factorul «Distanța de la cabinetul veterinar (punctul de lucru, clinica veterinară, spital veterinar) la padoc» a fost ales din considerentul ca în cazul apariției unor urgențe medicale la adăpostul de câini să poată fi adus în cel mai scurt timp personal sau medicamente suplimentare pentru ținerea sub control a situației apărute.

Specificăm faptul că padocul are capacitatea maximă de adăpostire de 960 câini iar în cazul apariției de urgențe medicale va fi nevoie de o cantitate mare de medicamente și un număr mare de personal specializat (medici veterinari, asistenți veterinari).

Măsura de remediere:

Se redactează o erată prin care denumirea factorului de evaluare

«3. Distanța de la punctul de lucru până la padoc»

Va fi

«3. Distanța de la cabinetul veterinar (punctul de lucru, clinica veterinară, spital veterinar) până la padoc».

Măsurile de remediere comunicate de către autoritatea contractantă au făcut obiectul eratei nr. 100806/15.02.2017 prin care, la cap. IV.2.1) „Criterii de atribuire” a fost înlocuită denumirea factorului de evaluare „3. Distanța de la punctul de lucru până la padoc” cu denumirea „3. Distanța de la cabinetul veterinar (punctul de lucru, clinica veterinară, spital veterinar) până la padoc”.

Cu privire la critica autoarei contestației referitoare la faptul că autoritatea contractantă a modificat factorul de evaluare prin publicarea

unei erate, Consiliul constată caracterul nefondat al acesteia având în vedere prevederile art. 55 alin. (1) din H.G. 395/2016 potrivit căroră „În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”, prevederi care stabilesc o obligație și nu un drept al autorității contractante.

Consiliul constată că în justificarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, autoritatea contractantă a arătat în Strategia de contractare faptul că „Nivelul profesional și educațional al personalului implicat în prestarea serviciului are impact semnificativ asupra rezultatului serviciului prestat, în special serviciilor medicale-veterinare care trebuie să fie de calitate (astfel se evită riscurile).

Modul de organizare și coerența echipei propuse are impact asupra modului de prestare a serviciului și asupra rezultatelor obținute în urma prestării serviciului în special pentru activitățile de capturare, cazare, îngrijire câini; activitățile veterinare și cele de administrare a obiectivului (padoc)“.

Analizând factorul de evaluare, astfel cum a fost stabilit, explicat și modificat (ca denumire), Consiliul constată că acesta se încadrează în prevederile legale, fiind un factor de evaluare relevant în stabilirea ofertantului câștigător.

În acest sens, Consiliul constată ca relevante următoarele prevederi legale:

- art. 187 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, „(4) 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.

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

a) *calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;*

b) *organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;“.*

- art. 188 din Legea nr. 98/2016 „(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.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă poate avea în vedere factori de evaluare în legătură cu:

a) procesul specific de producție, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor sau serviciilor;

b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață a lucrărilor, produselor sau serviciilor ”.

- art. 32 din H.G. nr. 395/2016, potrivit căruia „(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul «cel mai bun raport calitate-preț» sau «cel mai bun raport calitate-cost», astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți.

(3) În aplicarea art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit are un impact semnificativ asupra nivelului de executare și a rezultatului acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la organizarea, calificarea și experiența respectivului personal.

(4) Autoritatea contractantă nu poate folosi organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract.

(5) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă stabilește factori de evaluare de natura celor prevăzuți la alin. (3), precum și criteriile de calificare în condițiile art. 179 lit. g) din Lege, aceste criterii se pot referi doar la calificarea și experiența profesională a personalului permanent, în special de conducere, al operatorului economic candidat/ofertant, care este precizat în DUAЕ, respectiv la alte persoane decât cele desemnate pentru a efectua activitățile contractului în cauză.

(6) În aplicarea art. 187 alin. (8) și (9) din Lege, în cazul contractelor de servicii având ca obiect prestații intelectuale, cum ar fi cele de consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare, aferente unor proiecte de complexitate ridicată, criteriul de atribuire prevăzut la alin. (1) se aplică în mod obligatoriu, iar ponderea alocată factorului preț nu poate fi mai mare de 40%.

(...)

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

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

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

Consiliul constată că, potrivit caietului de sarcini, scopul prezentei proceduri de atribuire în constituie ameliorarea bunăstării câinilor din adăposturi, stoparea necontrolată a înmulțirii câinilor de rasă comună, prevenirea abandonului și a pierderii câinilor, reducerea apariției rabiei și a altor zoozone, reducerea riscurilor asupra sănătății oamenilor, prevenirea agresivității câinilor asupra oamenilor și animalelor, precum și reducerea comerțului ilegal și a traficului cu animale.

De asemenea, Consiliul va reține ca relevante în soluționare argumentele prezentate în răspunsul dat de către autoritatea contractantă la notificarea prealabilă, respective faptul că *„în cazul apariției unor urgențe medicale la adăpostul de câini, să poată fi adus în cel mai scurt timp personal sau medicamente suplimentare pentru ținerea sub control a situației apărute”*, aspecte pentru care acest factor de evaluare este unul important în obținerea rezultatelor avute în vedere la inițierea procedurii de atribuire.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că în susținerea criticilor aduse factorului de evaluare în discuție, respectiv asupra caracterului restrictiv al acestuia, contestatoarea nu a depus nicio probă în acest sens, în condițiile în care sarcina probei îi revenea conform dispozițiilor art. 249 din Noul Cod de proc. civ.

Prin urmare, având în vedere cele constatate anterior, Consiliul reține caracterul nefondat al criticilor aduse acestui factor de evaluare, factor care este relevant față de natura și complexitatea serviciilor ce urmează a fi prestate, distanța concretizată în timpul în care urmează a se face intervenția fiind un element important și reprezentând un avantaj în atingerea obiectivului contractului, urgența medicală având relevanță.

În ceea ce privește criticile aduse factorilor de evaluare „2. Experiența similară a medicului veterinar”, „4. Numărul de medici veterinari” și „5. Vechimea medicului veterinar principal”, contestatoarea critică faptul că autoritatea contractantă a impus nelegal ca factori de evaluare criterii de selecție încălcând astfel dispozițiile art. 32 din H.G. nr. 395/2016.

Se mai critică faptul că autoritatea contractantă nu respectă principiul proporționalității în formularea „criteriului” (n.n. factorului) de evaluare privind numărul de medici veterinari acordând punctaj minim pentru 3 medici veterinari și punctaj maxim pentru 5 medici veterinari, și de asemenea solicită ca operatorul economic să aibă angajat cu contract individual de muncă 1 medic, iar la factorul de evaluare nu acordă punctaj pentru un medic ci pentru un număr minim de 3 medici.

Este criticat, de asemenea, și faptul că factorii de evaluare „2. Experiența similară a medicului veterinar” și „5. Vechimea medicului veterinar principal” nu pot fi punctați ca factori de evaluare, încălcându-se astfel dispozițiile art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul constată că prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

„3. Solicitare.

«În fișa de date, cap. III.2.3. Capacitatea tehnică/profesională, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic să aibă angajat cu contract individual de muncă 1 medic, însă la factorii de evaluare nu acordă nici un punctaj pentru un medic, ci doar pentru un număr minim de medici de 3».

3) Măsura de remediere:

Se elimină cerința de la capitolul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

«Ofertanților li se solicită să demonstreze că au următorul personal calificat:

- medic veterinar membru al Colegiului Medicilor Veterinari vechime în domeniu minim 5 ani – 1 persoană;

- asistenți veterinari/medici veterinari vechime minim 1 an – 2 persoane»”.

Cu privire la factorii de evaluare „2. Experiența similară a medicului veterinar” și „5. Vechimea medicului veterinar principal”, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a făcut precizări exprese cu privire la aceștia în răspunsul la notificarea prealabilă, însă a dispus măsuri de remediere cu privire la criteriul de calificare referitor la experiența și vechimea medicului veterinar, așa cum s-a reținut anterior

În soluționarea criticilor aduse acestor factori de evaluare Consiliul constată că având în vedere măsurile de remediere propuse de către autoritatea contractantă, respectiv eliminarea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a), menționată anterior, nu poate fi reținută încălcarea prevederilor art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„g) calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare”.*

În legătură cu această critică, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă a comunicat în SEAP răspunsul la notificarea prealabilă, printr-un fișier denumit *„Răspuns notificare prealabilă 2 ([CN173006/009]) Răspuns notificare 2.pdf.p7s)”* potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (5) din Legea 101/2016, potrivit art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, avea obligația de a implementa aceste măsuri, legiuitorul stabilind în sarcina acesteia următoarele:

„În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziție un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4)”.

În acest sens vor fi reținute și dispozițiile art. 55 alin. (1) din H.G. 935/2016 potrivit căreia *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea*

contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.

Prin urmare, autoritatea contractantă are obligația ca măsura de remediere comunicată contestatoarei ca urmare a notificării prealabile, referitoare la eliminarea cerinței, de la Cap. III.2.3.a) din fișa de date, să fie adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea acestei măsuri în SEAP, așa cum a procedat doar cu privire la modificarea denumirii factorului de evaluare „*Distanța de la punctul de lucru până la padoc*” (anunț tip erată nr. 100806/15.02.2017).

Consiliul constată că sunt formulate critici și cu privire la formularul de contract subsecvent de servicii, clauza 11.1 lit. b), despre care susține că aceste sancțiuni pot conduce la aplicarea acestora în mod abuziv de către autoritatea contractantă pe baza unor criterii subiective, cât și faptul că pentru întârzierea la plata facturilor aceasta nu a inclus în contract nicio obligație de a plăti penalități,

„11. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor

11.1 Pentru încălcarea condițiilor de executare a acordului-cadru, operatorul va fi sancționat după cum urmează: (...)

b) Neefectuarea succesivă pe o perioadă de trei luni de zile a mai mult de 5 solicitări ale Primăriei Municipiului ..., atrage încetarea de drept a contractului, fără a mai fi necesară punerea în întârziere sau îndeplinirea vreunei formalități prealabile;

Se aplică penalități în procent de:

1) 10% din valoarea facturii lunare dacă un număr cuprins între 5-10 câini sunt observați în urma verificărilor lunare din teren, pe domeniul public de pe raza Municipiului ...;

2) 20% din valoarea facturii lunare dacă un număr cuprins între 10-15 câini sunt observați în urma verificărilor lunare din teren, pe domeniul public de pe raza Municipiului ...;

3) 30% din valoarea facturii lunare dacă un număr cuprins între 15-20 câini sunt observați în urma verificărilor lunare din teren, pe domeniul public de pe raza Municipiului ...;

4) 40% din valoarea facturii lunare dacă un număr cuprins între 20-25 câini sunt observați în urma verificărilor lunare din teren, pe domeniul public de pe raza Municipiului ...;

5) 50% din valoarea facturii lunare dacă un număr cuprins între 25-30 câini sunt observați în urma verificărilor lunare din teren, pe domeniul public de pe raza Municipiului ...;”.

Cu privire la aceste penalități contestatoarea a solicitat prin notificarea prealabilă dispunerea măsurii de remediere în sensul eliminării din modelul de contract a clauzelor „inechitabile, abuzive și excesive” de la art. 11.1 lit. b.

Prin adresa nr. 1047/14.02.2017 ce constituie răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

„4. Solicitare:

Solicităm eliminarea din modelul de acord-cadru a clauzei inechitabile, abuzive și excesive impuse prin art. 11.1 lit. b final.

4. Măsura de remediere:

Autoritatea contractantă face următoarea precizare: «sunt observații în urma verificărilor lunare din teren» se referă la faptul că inspecția în teren se va efectua de o comisie mixtă formată din membri din partea autorității și membri/membru din partea contractantului și în urma acestei inspecții se vor demonstra sau infirma «observațiile în urma verificărilor lunare din teren».

Măsura de remediere:

Autoritatea contractantă completează proiectul contract subsecvent de servicii (nu acordul-cadru) art. 11.1 lit. b) final cu următoarele:

„Inspecția în teren se va efectua de o comisie mixtă formată din membrii din partea autorității și membri/membru din partea contractantului.

În urma acestei inspecții se vor întocmi documente justificative adică: proces verbal, fotografii, înregistrare video, care vor demonstra sau infirma «observațiile în urma verificărilor lunare din teren»”.

În analiza criticii aduse acestor clauze, Consiliul constată că deși autoritatea contractantă a propus măsura de remediere menționată anterior, prin contestația formulată S.C. ... S.R.L. a reluat aceleași aspecte de nelegalitate cuprinse în notificarea prealabilă, document în urma căreia autoritatea contractantă a dispus măsuri de remediere.

Consiliul constată că prin măsura de remediere comunicată contestatoarei autoritatea contractantă lămurește modul în care se vor desfășura verificările lunare, și, mai mult decât atât, a adus completări prevederilor proiectului de contract subsecvent de servicii sub acest aspect.

Prin urmare, penalitățile stabilite de către autoritatea contractantă nu pot fi considerate abuzive în condițiile în care sintagma „doar prin observare” a fost lămurită de către autoritatea contractantă, ba mai mult decât atât au fost aduse completări prevederii legale criticate care lămuresc condițiile în care aceste penalități vor fi aplicate.

Însă, verificând modul în care autoritatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici interesați această completare a art. 11.1 lit. b) final din modelul de contract subsecvent, Consiliul constată că deși autoritatea contractantă a publicat în SEAP răspunsul la notificarea prealabilă printr-un fișier „Răspuns notificare prealabilă 2 ([CN173006/009]) Răspuns notificare 2.pdf.p7s)” potrivit art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, avea obligația de a implementa aceste măsuri, legiuitorul stabilind în sarcina acesteia următoarele:

„În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziție un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4)”.

Astfel, Consiliul apreciază că măsura de remediere va produce efecte numai în momentul în care va fi adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP, cu respectarea principiului transparenței stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, sub forma unui fișier separat intitulat „măsuri de remediere”.

În ceea ce privește critica adusă faptul că autoritatea contractantă nu a inclus în contract nicio obligație a sa de a plăti penalități în cazul întârzierii la plata facturilor, Consiliul constată caracterul nefondat al criticii având în vedere că în conținutul modelului de contract subsecvent este prevăzut la art. 10 *„Obligațiile principale ale achizitorului”*, la art. 10.1 faptul că *„Achizitorul se obligă să plătească prețul convenit în prezentul contract pentru serviciile prestate, conform Legii nr. 72/2013”*.

Astfel, Consiliul reține că autoritatea contractantă a stabilit cadrul normativ în care i se pot aplica penalități în caz de neplată a contravalorii serviciilor prestate.

În acest sens, Consiliul constată că potrivit prevederilor Legii nr. 72/2013 art. 3 *„Determinarea dobânzii”* sunt reglementate următoarele:

- *“(1) În raporturile dintre profesioniști, creanța constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare în cazul în care:*

a) creditorul, inclusiv subcontractații acestuia, și-au îndeplinit obligațiile contractuale;

b) creditorul nu a primit suma datorată la scadență, cu excepția cazului în care debitorului nu îi este imputabilă întârzierea.

(2) Dobânda penalizatoare curge de la scadență până la momentul plății, în condițiile dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare.

(3) Dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, dobânda penalizatoare curge de la următoarele termene:

a) după 30 de zile calendaristice de la data primirii de către debitor a facturii sau a oricărei alte asemenea cereri echivalente de plată;

b) dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară primirii bunurilor sau prestării serviciilor, după 30 de zile calendaristice de la recepția mărfurilor sau prestarea serviciilor;

c) dacă legea sau contractul stabilește o procedură de recepție ori de verificare, permițând certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar debitorul a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date, după 30 de zile calendaristice de la această dată”.

La articolul 4 *„Dobânda legală penalizatoare”*, legiuitorul a stabilit astfel:

„Dacă părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare, calculată potrivit art. 3 din Ordonanța Guvernului nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată

prin Legea nr. 43/2012. Rata de referință a dobânzii legale în vigoare în prima zi calendaristică a semestrului se aplică pe întregul semestru”.

Consiliul reține, de asemenea, faptul că potrivit dispozițiilor art. 1.535 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, cu modificările ulterioare, legiuitorul a stabilit „Daunele moratorii în cazul obligațiilor bănești”, astfel că art. 1.535 prevede că „(1) În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în cuantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu. În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic.

(2) Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență.

(3) Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit”.

Față de cele constatate anterior, critica adusă faptului că autoritatea contractantă nu a stabilit penalități pentru plata facturilor se dovedește a fi nefondată, în condițiile în care, pentru întârzierea la plata facturilor se vor aplica dispozițiile OG nr. 13/2011 privind dobânda legală renumeratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, aprobată prin Legea nr. 43/2012.

În consecință, luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de S.C. ... S.R.L. și va obliga ..., ca în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură, completările/modificările efectuate cu privire la documentația de atribuire prin documentul intitulat „Răspuns notificare prealabilă 2” și să stabilească un nou termen limită pentru primirea ofertelor.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere formulat de către contestatoare privind anularea procedurii de atribuire, deoarece prin Încheierea nr. 62/C5/442/22.02.2017, Consiliul a dispus suspendarea procedurii de atribuire astfel încât în cauză pot fi dispuse măsuri de remediere.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea deciziei, să aducă la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la această procedură completările/modificările efectuate cu privire la documentația de atribuire prin documentul intitulat „Răspuns notificare prealabilă 2” și să stabilească un nou termen limită pentru primirea ofertelor.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere formulat de către contestatoare privind anularea procedurii de atribuire, pentru considerentele arătate în motivarea deciziei.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.