

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 Consiliul Național de Soluționare a... sub nr...., formulată de..., cu sediul în....., nr....., înmatriculată la... al... cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire, întocmită de către..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „...”, cod..., s-a solicitat modificarea documentației de atribuire.

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

În fapt, contestatorul precizează că a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini și a criteriilor de evaluare stabilite, în special:

- factorul de evaluare „Gramaje meniu zilnice” (40 puncte);
- factorul de evaluare „Personal repartizat” (20 puncte).

Precizează de asemenea că, în termenul legal, a formulat solicitări de clarificări cu privire la:

- fundamentarea gramajelor minime stabilite- existența unor repere nutriționale și a unui necesar caloric;
 - existența unui plafon maxim al gramajelor;
 - justificarea criteriului de evaluare bazat pe „cel mai mare gramaj”;
 - fundamentarea numărului minim și maxim de personal solicitat,
- însă, autoritatea contractantă a răspuns într-o manieră generală, fără a indica: acte normative aplicabile, studii sau ghiduri nutriționale, justificări tehnice sau economice concrete, motiv pentru care, apreciază că răspunsul la clarificări nu permite operatorilor economici să își fundamenteze oferta în mod corespunzător

Motive de contestare:

1. Lipsa fundamentării și caracterul nelegal al criteriului „cel mai mare gramaj”.

Menționează că autoritatea contractantă stabilește gramaje minime (carne 150 g, garnitură 180 g, salată 80 g, pâine 1... g), fără a indica baza științifică sau normativă; în același timp, criteriul de evaluare acordă punctaj maxim pentru cel mai mare gramaj oferat, fără existența unui plafon maxim.

2. Rigiditatea nejustificată a structurii meniului.

Consideră că impunerea unor procente fixe (carne...%, garnitură..., 29%, salată...%, pâine..., 63%) între componentele meniului elimină flexibilitatea nutrițională și posibilitatea adaptării meniului în funcție de recomandările medicale sau de vârsta beneficiarilor

3. Criteriul privind personalul este disproporționat și nefundamentat, în sensul că autoritatea contractantă impune: minimum 5 angajați; maximum 10 angajați, (pentru prepararea și livrarea a 243 porții/zi), punctaj maxim pentru cel mai mare număr de personal.

În opinia contestatorului, acest criteriu nu este fundamentat tehnic; nu este corelat cu volumul real de activitate; încurajează supradimensionarea artificială a personalului, fără legătură cu capacitatea reală de livrare sau eficiență.

4. Caracterul nefezabil economic al contractului imposibilitatea acoperirii costurilor Valoarea maximă estimată:.../porție x 243 porții/zi -.../zi Costuri salariale minime: 5 angajați -.../zi; 10 angajați -.../zi în scenariul cu 10 angajați, rămân aproximativ.../porție pentru materie primă;

În opinia contestatorului această valoare este insuficientă pentru realizarea unui meniu complet conform cerințelor.

5. Lipsa răspunsurilor punctuale la clarificări.

Prin corespondența e-mail, înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite strategia de contractare, precum și punctul de vedere cu privire la contestația, în cauză, solicitând respingerea ca nefondată a acesteia.

Preliminar, autoritate contractantă precizează următoarele aspecte:

- factorul „Gramaje meniuri zilnice” prin care se punctează cu maxim 40 de puncte cel mai mare nivel al gramajelor, este stabilit conform avizului nutriționist și OMS nr....;

- cantitățile minime oferate „carne 150 grame (...%), garnitura 180 grame (... , 29%), salata 80 grame (...%), pâine 1... grame (... , 63%)” sunt stabilite conform OMS nr....;

- în ceea ce privește criteriul „personal repartizat”, îndeplinirea acestuia se face cu un minim de personal impus respectiv, 5 persoane din care o persoană cu rol în transportul meniurilor, restul fiind bucătari și ajutor de bucătari.

Cu privire la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă răspunde, punctual, după cum urmează:

- cantitatea ofertată va fi punctată, avizul medicului neinfluențând punctajul; de asemenea, cantitatea ofertată deși nu are limita superioară, totuși gramajele trebuie asumate de un medic nutriționist și în corelație cu Ordinul nr...., care stipulează cantitățile maxim admise pentru fiecare grupa de vârstă;
- în răspunsul la solicitarea de clarificări s-a specificat faptul că, în școală, categoria de vârstă a elevilor majoritari este 10-14 ani, iar în acest sens, toate cantitățile specificate în OMS nr.... trebuie să se raporteze la aceasta.
- în ceea ce privește criteriul privind personalul, raționamentul pentru punctarea personalului, este acela ca numărul de angajați este o expresie a stabilității furnizorului; de asemenea un număr de minim 5 angajați va putea pregăti, ambala și livra hrana elevilor în timp util, putând fi preparată în ziua livrării, fără întârzieri sau sincope;
- numărul de persoane nu este o cerință de calificare ci un factor de evaluare, iar ofertanții pot alege mărimea echipei cu care va participa la implementarea contractului. Numărul minim de 5 persoane din care 1 șofer, este justificat pentru 243 de porții zilnice, gătite, ambalate și livrate într-un interval scurt de timp.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr..... transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., în cuantum de..., eliberată de....

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „....”.

Procedând la analiza cauzei, se reține că... indică drept act atacat răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, publicat în SEAP, la data de..., sub identificator [..... /.....] clarifică [care.docx](#), respectiv, [răspunsul autorității contractante](#) la pct. I și pct. II, solicitând **însă remedierea** cerințelor din documentația de atribuire, motiv pentru care, Consiliul urmează a le analiza fiecare în parte.

Având a se pronunța, conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu întâietate, asupra excepției tardivității criticilor privind **pct. I și pct. II** din răspuns, invocată din oficiu, Consiliul urmează să o admită având în vedere considerentele care urmează:

Prin răspunsul consolidat la clarificări publicat în SEAP sub identificatorul /..../..., la pct.I, la Întrebarea:
„I. Factorul de evaluare „Gramaje meniu zilnice”

1. Vă rugăm să precizați care este fundamentarea științifică și normativă care a stat la baza stabilirii gramajelor minime indicate (carne 150 g, garnitură 180 g, salată 80 g, pâine 1... g, plus fruct), având în vedere că beneficiarii sunt si copii de vârstă preșcolară.

2. Vă rugăm să indicați actele normative, ghidurile sau recomandările oficiale privind necesarul caloric pentru grupa de vârstă vizată, în baza cărora au fost stabilite aceste cantități.
3. Vă rugăm să explicați rațiunea pentru care factorul de evaluare punctează „cel mai mare gramaj ofertat”, și nu conformitatea cu un necesar caloric adecvat, având în vedere principiile proporționalității și utilizării eficiente a fondurilor publice.
4. În situația în care un ofertant propune un gramaj superior necesarului caloric recomandat pentru copii preșcolari, vă rugăm să precizați dacă oferta va fi considerată conformă din punct de vedere nutrițional.
5. Vă rugăm să precizați dacă certificarea de către medicul nutriționist presupune validarea unui necesar caloric obiectiv raportat la grupa de vârstă sau doar confirmarea valorilor propuse de ofertant și dacă acest aviz trebuie emis zilnic.
6. Vă rugăm să indicați dacă există un plafon caloric maxim acceptat pentru grupa de vârstă vizată și modul în care acesta influențează punctarea gramajelor.
7. Vă rugăm să precizați dacă menținerea procentelor fixe între componentele meniului (carne, garnitură, salată, pâine, fruct) permite flexibilitate nutrițională în funcție de vârsta copiilor și avizul medicului nutriționist.
8. Care este temeiul legal și/sau fundamentarea tehnică utilizată de autoritatea contractantă pentru stabilirea acestui factor de evaluare bazat pe gramajul meniului zilnic ofertat.
9. Care este limita maximă de gramaj acceptată de autoritatea contractantă, având în vedere că, în lipsa unei limite superioare, operatorii economici ar putea oferi gramaje mult peste recomandările nutriționale pentru copii, ceea ce ar putea conduce la distorsionarea concurenței și la acordarea unui avantaj nejustificat ofertelor cu gramaje excesive.
10. În ce mod a fost corelat acest criteriu de punctare cu prevederile legislației privind alimentația sănătoasă a copiilor și cu normele nutriționale aplicabile în unitățile de învățământ”.

Autoritatea contractantă a **răspuns:**

„Cantitățile minim oferite au fost stabilite după analiza situației existente pe grupele 10-14 ani. Orice cantitate oferită suplimentar trebuie să aibă asumarea acesteia de către un nutriționist în raport cu legislația actuală.”,

iar,

la pct.II, la **Întrebarea:**

«II. Personal repartizat

1. Vă rugăm să detaliați fundamentarea necesarului minim de 5 persoane și plafonului maxim de 10 persoane pentru prepararea și livrarea a 243 de porții/zi.
2. Vă rugăm să indicați dacă numărul de personal trebuie menținut pe întreaga durată a proiectului (4 ani) sau poate fi ajustat în funcție de necesități sezoniere sau modificări de capacitate.
3. Vă rugăm să precizați dacă este permis personal cu cumul de funcții (ex: șofer + responsabil siguranța alimentelor, ajutor bucătar + livrări), în condițiile respectării normelor sanitar-veterinare.

4. Vă rugăm să precizați dacă noțiunea de „număr de personal repartizat” presupune persoane distincte sau permite organizare flexibilă a activității în cadrul aceleiași persoane cu atribuții multiple»,

autoritatea contractantă a oferit următorul **Răspuns:**

„Se vor respecta cerințele fisei de date. Toate condițiile de eligibilitate și conformitate trebuie să îndeplinească cerințele de ofertanți atât la momentul depunerii ofertelor cât și pe parcursul derulării contractului”.

Or, câtă vreme, autoritatea contractantă a menținut cerințele documentației de atribuire, fără a aduce vreo modificare, rezultă că, pretinsa vătămare invocată de... nu derivă în realitate din Răspunsul consolidat din..., ci din documentația de atribuire inițială, publicată pe SEAP la..., factorii de evaluare **criticați** nu au fost formulați prin răspunsul consolidat, ci prin anunțul de participare din..., care conținea factorii de evaluare „Gramaje meniuri zilnice” și „Personal repartizat” și caietul de sarcini, publicat la aceeași dată.

Potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care, trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile - de procedură și de fond - care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii, dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât, admiterea acestei excepții exclude analizarea celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu, din oficiu, în orice moment al soluționării contestației.

În analiza excepției, Consiliul reține că, deși, prin critica formulată, indică drept act atacat răspunsul consolidat la clarificări publicat în..., în realitate, contestatorul solicită modificarea documentației de atribuire, respectiv a factorilor de evaluare „Gramaje meniuri zilnice” și „Personal repartizat” din anunțul de participare simplificat.

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei constă în: „...”.

Rezultă astfel că, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, este de cel mult 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Problema litigioasă dedusă judecății o reprezintă stabilirea momentului de la care începe să curgă termenul de contestare pentru operatorii economici cu privire la cerințele documentației de atribuire,

acest termen curge de la momentul la care au luat cunoștință sau ar fi trebuit să ia cunoștință de cerințele invocate a fi restrictive.

Or, câtă vreme prevederile documentației de atribuire au fost publicate în integralitate în SEAP la data de..., este evident că punctul temporal în raport de care se poate calcula termenul de formulare a contestației este data de....

Față de aceste aspecte, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorilor de a formula contestație, cum ar fi, spre exemplu, data ultimului răspuns la solicitările de clarificări, respectiv adresa din..., deoarece, legiuitorul nu dispune, în mod expres, că formularea solicitărilor de clarificări întrerup sau suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia.

Astfel, solicitarea eliminării unor cerințe ale documentației de atribuire prin intermediul unei adrese de clarificare, nu poate conduce la o repunere a contestatorului în dreptul de a formula contestație împotriva unor prevederi ale documentației de care a luat la cunoștință încă din data de....

Purtarea ulterioară publicării în SEAP a documentației de atribuire a corespondenței cu autoritatea contractantă, prin care aceasta din urmă nu a modificat cu nimic documentația de atribuire nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației informațiilor deja cunoscute de către contestatori sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune, în mod expres, faptul că o solicitare de clarificări, făcută în temeiul prevederilor art. 160 din Legea nr. 98/2016, întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept **„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”**.

Potrivit art. 160 din Legea nr. 98/2016: *„operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări”*, astfel, această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen și nici nu suspendă acest termen.

Analizând solicitarea de clarificări și răspunsul aferent, Consiliul reține că autoritatea contractantă a răspuns clar, concret și concludent cu privire la întrebările adresate, menținând cerințele documentației de atribuire cu privire la factorii de evaluare „Gramaje meniuri zilnice” și „Personal repartizat”.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 160 din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că, prin intermediul solicitărilor cu privire la anumite aspecte punctuale din documentația de atribuire nu se poate *„masca”* o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la cerințele impuse. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificare duce la prelungirea..., s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1)... când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”, în temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ: „*Consiliul poate respinge contestația ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum și pe orice altă excepție de procedură sau de fond, care împiedică soluționarea pe fond a contestației*”, Consiliul va admite excepția tardivității criticilor privind răspunsurile de la pct. I și II din Răspunsul consolidat din..., invocată din oficiu și, pe cale de consecință, va respinge, ca tardive, aceste critici, fără pronunțarea asupra fondului.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

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

...:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a... în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ...

...

Consilier de soluționare

...

... ..

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 8 (opt) pagini

