

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. 2456/C1/2575

Data: 30.08.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47172/25.07.2024 (transmisă prin e-mail, la data de 24.07.2024), formulată de SRL, cu sediul în localitatea, ..., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare, reprezentată legal prin administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 5450/18.07.2024 și comunicată în data de 19.07.2024 de către (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, sat, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Achiziție servicii de catering în cadrul Programului Național: Masa Sănătoasă - pentru preșcolarii și elevii Școlii Gimnaziale, ..., Județul, s-a solicitat admiterea contestației și pe cale de consecință:

- anularea adresei deciziei prin care oferta depusă a fost considerată inacceptabilă și neconformă;
- anularea în parte a raportului procedurii de atribuire, precum și a proceselor verbale de evaluare sub aspectul stabilirii ca inacceptabilă/neconformă a ofertei depuse;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată.

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

În fapt contestatorul precizează că în perioada de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări cu privire la „(...) modalitatea de livrare la termen (data / ora) conform caietului de sarcini, a produselor destinate elevilor și preșcolarilor (până la pauza mare); nici oferta dvs. tehnică nici graficul invocat în aceasta și atașat acesteia necuprinzând nicio referință, în afara de „zilnic”, ceea ce nu este corect pentru că include și zilele libere (...)”.

Menționează că prin răspunsul transmis și-a asumat livrarea pachetului alimentar în fiecare zi de activitate școlară, între orele 08:30 - 10:00. Arată că, ulterior, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că acesta nu este un grafic de livrare revizuit, astfel cum s-a solicitat, precum și că, prin răspunsul formulat, se asumă livrarea pachetului alimentar în afara intervalului orar 10:00- 11:00, ceea ce atrage distribuția pachetelor către beneficiari, în afara termenului de 60 minute peste care unitatea școlară este obligată să asigure păstrarea, în condiții igienico- sanitare și de siguranța alimentelor.

Contestatorul precizează ca punctul de lucru unde se pregătesc produsele destinate elevilor se află la 10 km de Școala Gimnazială și are astfel, posibilitatea să ajungă în fiecare zi, la ora solicitată în caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 6178/09.08.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 52006/14.08.2024, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că în perioada de evaluare a ofertelor a procedat la emiterea unor solicitări de clarificări, documentele fiind transmise prin intermediul instrumentelor puse la dispoziție de sistemul SEAP.

Autoritatea contractantă menționează că solicitarea de clarificări adresată contestatorului, s-a referit la modalitatea efectivă de livrare la termen (dată/oră) a produselor destinate elevilor și preșcolarilor, în condițiile în care, nici prin oferta sa tehnică, nici prin graficul depus, nu a fost identificată nicio referință în acest sens. Mai mult, potrivit graficului de livrare, activitatea de distribuție a mesei sănătoase urma a se desfășura doar „zilnic”, această sintagmă incluzând și zilele libere, nu numai pe cele școlare.

Ca atare, arată că prin intermediul SEAP, i s-a transmis ofertantului, solicitarea de clarificări, cu privire la modalitatea de livrare la termen (dată/oră), astfel cum s-a precizat anterior. SRL a răspuns, menționând că își asumă livrarea pachetului alimentar „(...) în fiecare zi cu activitate școlară, între orele 08:30 - 10:00 (...) la Școala Gimnazială (...)”.

Raportat la răspunsul ofertantului, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile caietului de sarcini - subpunctul 2.3, coroborate cu prevederile subpunctului „Recepția și distribuția hranei” din Anexa 2 (regulament propriu de organizare și funcționare ...) care prevede că „Pachetul alimentar, în regim cate ring, va fi recepționat în intervalul orar 10:00-11:00 (...)”.

Astfel, în condițiile în care, asumarea unui termen de predare de 08:30 - 10:00 nu se încadra în intervalul 10:00 - 11:00, autoritatea contractantă precizează că a decis respingere ca inacceptabilă/ neconformă a ofertei, după cum urmează:

1. Inacceptabilă, potrivit art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, deoarece clarificările transmise prin intermediul SEAP în data de 30.05.2024, au fost neconcludente, răspunsul furnizat nu a fost de natură a asigura derularea contractului potrivit calendarului prezentat în caietul de sarcini/Anexele acestuia;

2. Neconformă potrivit art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece propunerea tehnică evaluată nu a fost de natură a satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, nici în propunerea tehnică inițială, nici în clarificările transmise prin intermediul SEAP în data de 10.06.2024 nefăcându-se dovada respectării cerințelor din caietul de sarcini, de asigurare a calendarului de livrare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 48632/31.07.2024, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.210428082/1, tranzacția nr. 1481952105/298278256 din 29.07.2024, eliberată de CEC Bank Unitatea Centru Râmnicu Sărat, în cuantum de 7.084,00 lei.

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

..... (PRIMĂRIA COMUNEI), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Achiziție servicii de catering în cadrul Programului Național: Masa Sănătoasă - pentru preșcolari și elevii Școlii Gimnaziale, Județul, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, pe în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. .../17.05.2024, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 354.182,40 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Procedând la analiza fondului cauzei, se reține că SRL critică motivele de respingere ca neconformă a ofertei sale conform adresei de comunicare rezultat nr. 5450/18.07.2024, în urma evaluării ofertelor motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și la legislația specifică, în materie.

Astfel, cu privire la motivul de respingere a ofertei SRL se reține că acesta l-a constituit faptul că nu s-au respectat cerințele caietului de sarcini referitoare la calendarul de livrare a meniului de hrană pentru elevi și preșcolari.

Cu referire la această cerință se reține că autoritatea contractantă a impus în cadrul documentației de atribuire, respectiv Fișa de date, la pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice următoarele cerințe:

„Ofertantul are obligația să prezinte propunerea tehnică în conformitate cu toate specificațiile tehnice conținute în Caietul de sarcini și va cuprinde următoarele:

- ... ,

- Grafic de livrare. Se solicita întocmirea graficului de executare a contractului - document ce va reflecta progresul în timp al proiectului coroborat cu o alocare adecvată de resurse umane și materiale necesare realizării contractului"

De asemenea, este relevantă în soluționare și prevederea din anexa 2 a caietului de sarcini, intitulat „REGULAMENT PROPRIU de organizare și funcționare a Programului Național „MASA SĂNĂTOASĂ”, la nivelul Școlii Gimnaziale, care stipulează:

„Recepția și distribuirea suportului alimentar sub formă de pachet alimentar, pentru elevii prezenți la școală.

*Pachetul alimentar, în regim catering, **va fi recepționat în intervalul orar 10:00- 11:00**, de către responsabilii numiți”.*

Din analiza cerințelor documentației de atribuire mai sus menționate, rezultă că autoritatea contractantă, ținând cont de specificul / natura serviciilor ce urmează a se presta, a solicitat, în mod expres, ca, în cadrul propunerii tehnice, respectiv graficul de livrare să se menționeze data și ora de livrare a meniului de hrană pentru elevi și preșcolari, această solicitare având scopul de a oferi autorității contractante posibilitatea de a verifica dacă propunerea tehnică este realistă și respectă intervalul orar de recepție stipulat în mod expres în cadrul Regulamentului propriu de organizare funcționare a Programului Național „MASA SĂNĂTOASĂ”, astfel încât, rezultatul procedurii de atribuire să nu fie viciat, prin includerea unor informații eronate sau care nu corespund cu realitatea și care, în final, să conducă fie la nerespectarea ofertei, astfel cum s-au angajat în cadrul propunerii tehnice, fie la nerespectarea specificațiilor tehnice impuse.

Prin urmare, autoritatea contractantă a solicitat prin documentația de atribuire includerea acestor informații pentru a se asigura că cerințele pe care s-au angajat să le respecte ofertanții sunt reale, determinate în mod precis, sunt sustenabile și nu sunt oferite doar pentru a vicia rezultatul cu distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire.

Or, din analiza propunerii tehnice a SRL, Consiliul constată că acesta nu a menționat care este graficul de livrare, limitându-se doar la mențiunea sumară, că acesta se va face „zilnic” , fără nici o referire la zilele când sunt activități școlare sau intervalul orar 10:00- 11:00 stipulat în cadrul anexei 2 a caietului de sarcini, motiv pentru care autoritatea contractantă în mod întemeiat i-a solicitat acestuia prin intermediul SICAP clarificări în acest sens.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu, atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție publică, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile

propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar, prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv caietul de sarcini) este obligatorie, atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți, care trebuie să o respecte întocmai.

Graficul de livrare elaborat de către ofertanți cu toate elementele sale nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de conținutul și întinderea sa, ci, reprezintă un element esențial al propunerii tehnice, a cărui realitate/sustenabilitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, și confirmată de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor servicii care nu corespund cu cerințele exprese ale documentației sau a căror executare nu au îndeletnicirea/capacitatea tehnică, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele ținând seama de toate elementele avute în vedere la elaborarea documentației de atribuire pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea ofertelor propuse în acest sens.

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă, respectiv de a lămuri anumite neclarități / incertitudini / omisiuni ale ofertei depuse inițial, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență în sensul remedierii/ transmiterii documentelor de conformitate, din care să rezulte respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire cu privire la asigurarea profesională a experților cheie. Prin răspunsul transmis de către ofertant la această solicitare, SC SRL a arătat că își asumă livrarea pachetului alimentar „... în fiecare zi cu activitate școlară, între orele 08:30 -10:00 ...la Școala Gimnazială „.

Prin urmare, se reține că, deși autoritatea contractantă a oferit contestatorului, prin adresa de solicitare, o reală șansă de a-și clarifica/completa oferta cu înscrisuri conținând toate informațiile referitoare la graficul de livrare, acesta nu a profitat de ocazie, alegând să răspundă neconcludent, (fără indicarea zilelor/perioadei de activitate școlară și fără respectarea intervalului orar indicat în anexa 2 a caietului de sarcini) aspect care a condus, în mod corect, la aplicarea prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, care stipulează:

„(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare,

potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, **CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

În cauza **C-523/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013,

Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea

*din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)”.
În cauza **C 42/13 CJUE** la considerentele 42 - 44 a reținut că:*

„42. Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Prin depunerea ofertei, ... SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci, implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire referitoare la structura propunerii tehnice, precum și a informațiilor pe care trebuie să le conțină graficul de livrare în raport cu obiectul contractului, iar, riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016, conform cărora, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor prevăzute în cadrul documentației de atribuire; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare, în cazul ofertei SRL, s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt neîntemeiate.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu (PRIMĂRIA COMUNEI).

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SRL în contradictoriu cu (PRIMĂRIA COMUNEI).

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
....

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