

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57541/11.09.2024, formulată de ... '... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de domnul ..., împotriva adresei de comunicare intermediară din data de 04.09.2024, emisă de COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Achiziție servicii de catering în cadrul Programului Național «Masa sănătoasă» pentru preșcolarii și elevii Școlii Gimnaziale Prof. dr. ...*”, cod CPV 55524000-9 Servicii de catering pentru școli (Rev. 2), s-a solicitat:

- *anularea comunicării fără număr din 04.09.2024 privind declararea ofertei sale ca neconformă;*
- *anularea deciziei de respingere a ofertei sale ca neconformă;*
- *obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de, cu luarea în considerare a ofertei sale și la efectuarea tuturor demersurilor necesare stabilirii în mod legal a ofertei câștigătoare.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... '... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca neconformă, învederând următoarele:

- comunicarea de respingere a ofertei ca neconformă nu a fost semnată de reprezentantul legal al autorității contractante, aceasta fiind lovită de nulitate, neputând produce efectele specifice prevăzute de legislația achizițiilor publice;
- comunicarea nu provine de la autoritatea contractantă, respectiv Comuna ..., ci de la Primăria ..., iar aceasta din urmă nu are capacitate procesuală de folosință;

- în mod nelegal și netemeinic s-a dispus respingerea ofertei sale ca neconformă, considerând că modalitatea adoptată pentru desfășurarea testului de furnizare a fost abuzivă, singurul scop fiind de a descalifica oferta sa din procedura de achiziție, întrucât obligația instituită (aceea de a livra pachetele alimentare în intervalul 10-11) a fost imposibil de realizat în condițiile primirii e-mailului comandă între orele 08:51-08:53, în perioada anterioară încheierii contractului și începerii anului școlar.

Mai mult decât atât, în Declarația Acord pentru realizarea testului de furnizare prevăzut în caietul de sarcini se menționează că testul de furnizare se va realiza conform caietului de sarcini, iar din studierea caietului de sarcini și DUAE nu rezultă necesitatea realizării unui test de furnizare și nici condițiile efective în care acesta trebuie să se desfășoare, dar nici posibilitatea de a primi comanda cu doar o oră înaintea termenului de livrare, în perioada de desfășurare a procedurii de achiziție, deci anterior încheierii contractului și anterior începerii anului școlar.

Motivarea integrală a contestației, astfel cum a fost precizată, se regăsește în fișierul „Document: [.../00068] CONTESTATIE pdf”, postat de autoritate în SEAP la data de 11.09.2024, în cadrul documentelor asociate anunțului de participare nr. .../09.08.2024. Reproducerea în cuprinsul deciziei a ansamblului motivării nu se justifică, din moment ce întreaga contestație poate fi vizualizată liber și gratuit în SEAP de către orice persoană interesată. Consiliul apreciază că sintetizarea de mai sus a contestației nu prejudiciază nici părțile și nici terții, din moment ce oricine are la dispoziție spre vizualizare și descărcare, prin intermediul SEAP, întreaga contestație. Desigur, motivarea completă va fi avută în vedere de membrii completului la adoptarea soluției.

Autoritatea contractantă a transmis o parte din dosarul achiziției, documente înregistrate la Consiliu cu nr. 62455/01.10.2024, iar oferta și celelalte documente necesare în soluționarea contestației au fost comunicate, urmare solicitării Consiliului nr. 639.../.../.../08.10.2024, în data de 16.10.2024, fiind înregistrate cu nr. 66739/17.10.2024.

Prin punctul său de vedere nr. 3469/25.09.2024, înregistrat la Consiliu cu nr. 61285/25.09.2024, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, având în vedere următoarele:

Ofertantului ... SRL ... i s-a emis următoarea solicitare, direct în SEAP: *Rugăm clarificați locația uploadării în SEAP a Formularului 12 Declarație acord probă mâncare - ultima filă din Fișierul FORMULARE - parte a Documentației de Atribuire postată în SEAP. În cazul în care acest document nu a fost inclus în oferta dvs tehnică inițială, rugăm completați și prezentați Formularul potrivit modelului pus la dispoziție Reguli formale de transmitere răspuns (semnătură electronică, via SEAP, etc): potrivit Fișa de Date.*

Răspunsul acestuia a fost: *Conform solicitării dvs. vă comunicăm următoarele: Formularul 12 la care faceți referire se regăsește în secțiunea „Documente calificare” - Fișier „Scrisoare de înaintare” - ultima pagină.*

Astfel, comisia de evaluare a solicitat confirmarea depunerii unui anumit formular, acceptând și depunerea acestuia ulterior datei-limită, acesta fiind de fapt un accept al ofertanților de a performa o simulare a unei zile de derulare a contractului.

Formularul respectiv are următorul conținut:

„Pentru realizarea testul de furnizare prevăzut în Caietul de Sarcini în cadrul procedurii privind achiziția de servicii de catering pentru Școala Gimnazială «Prof.dr. ...», Comuna ..., Județul ... în cadrul «Programului pilot de acordare a unui suport alimentar pentru preșcolarii și elevii din 450 de unități de învățământ preuniversitar de stat în cadrul Programului Național „Masă sănătoasă” (PNMS)»

Ne angajăm să realizăm testul de furnizare conform prevederilor caietului de sarcini și să livrăm un număr de 43542 porții care să fie livrate la Școala Gimnazială «Prof.dr. ...», Comuna ..., Județul ...

Adresa de email la care dorim să primim comanda este: ...

Înțelegem că toate costurile legate de acest test vor fi suportate în totalitate de societatea noastră. Înțelegem că neîncadrarea în termenele prevăzute în caietul de sarcini conduce la declararea ofertei noastre ca neconformă.

Data completării 19.08.2024 Cu stima, Ec. ..."

Având în vedere acest acord de performare a unei simulări, în acord cu prevederile caietului de sarcini, la ora 8:52, în data de 02.09.2024, s-a emis o „comandă” de livrare a numărului de porții prevăzut în caietul de sarcini (246 nu 23.542 așa cum eronat își asumase ofertantul prin formularul transmis) în intervalul orar 10:00 - 11:00.

Comanda a fost transmisă concomitent tuturor participanților la procedură, din rațiuni de respectare a principiului tratamentului egal.

În ciuda acordului prealabil declarat prin completarea și depunerea Formularului 12, la orele 11:41, pe adresa de e-mail ... a fost transmis de pe contul ... o adresă, înregistrată sub nr. 130/02.09.2024, adresată unei societăți comerciale ce manageriază contul de SEAP al Comunei ... și prin care se arăta că modalitatea de desfășurare a testului este abuzivă, că este imposibil de pregătit și distribuit în intervalul 08:52 - 11:00 un număr de 246 pachete alimentare, că deși comanda primită face referire la caietul de sarcini, nicăieri nu se stipula o astfel de desfășurare, care ar presupune existența pe stoc a materialelor necesare, și oricum mai mult timp decât cel acordat.

Totodată, aceasta critica și faptul că mailul primit nu a fost semnat sau însoțit prin semnătură de nicio persoană cu atribuții, nefiind transmis prin intermediul SICAP, motiv pentru care nu poate fi considerat legal.

Comisia de evaluare a transmis un răspuns, prin intermediul SEAP, prin care a adus la cunoștința ofertantului că există două anexe ale caietului de sarcini - pus la dispoziția ofertanților prin intermediul SEAP, o anexă fiind intitulată „Regulament propriu de organizare și funcționare

a Programului Național «Masa sănătoasă», la nivelul Școlii Gimnaziale «Prof. dr. ...», iar potrivit acestui regulament, derularea zilnică a acestui program presupune parcurgerea aceluiași etape:

a. Evidența prezenței elevilor - în fiecare dimineață până la ora 8:30, se va centraliza prezența preșcolarilor și a elevilor,

b. Coordonatorul local va face comanda suportului alimentar pentru ziua respectivă la firma furnizoare, zilnic până la ora 9:00. De asemenea, pe lângă comanda pentru porțiile din ziua respectivă, se va transmite și o precomandă estimativă pentru porțiile din ziua următoare.

c. 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.

Tocmai pentru a oferi comisiei de evaluare posibilitatea verificării afirmațiilor făcute de ofertanți la nivelul propunerilor tehnice cu privire la aceste prevederi, încă din etapa de organizare a procedurii, s-a impus prezentarea unei Declarații-Acord cu privire la derularea unui test în perioada de evaluare a ofertelor, test care să releve posibilitatea efectivă de îndeplinire de către oricare dintre ofertanți a celor asumate prin ofertele lor.

La organizarea acestui test au fost respectate toate condiționalitățile menționate mai sus, s-a transmis e-mailul cu valoare de comandă la 08:52 (deci până la ora 09:00), pe adresele indicate în cadrul Formulelor 12, dar avându-se în vedere caracterul de test al acestei operațiuni, s-a specificat clar că nu se impune a fi respectate prevederile referitoare la etichetare, precum și faptul că nu se emite și precomanda stipulată în regulament, nefiind cazul în această speță.

În plus, s-a adus la cunoștința ofertantului faptul că neutilizarea facilităților SEAP pentru transmiterea comenzii de derulare a testului se explică prin aceea că acesta este destinat exclusiv corespondenței cu privire la documentele ofertei. Mai mult, testul performat în data de 02.09.2024 a avut ca și scop simularea unei zile efective de derulare a contractului de catering în condiții normale de lucru, potrivit calendarului explicit menționat în Anexa 2 a caietului de sarcini, or în perioada de implementare a proiectului, nu se va apela la SEAP pentru a se transmite comenzi.

Astfel, comisia de evaluare a luat decizia de respingere ca neconformă a ofertei, în aplicarea prevederilor 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.

În ceea ce privește critica petentei potrivit căreia „comunicarea intermediară tehnic pdf” transmisă în data de 04.09.2024, nu era semnată de reprezentantul legal, autoritatea contractantă arată că documentul a fost semnat cu aceeași semnătură electronică extinsă cu care au fost semnate și fișierele componente ale documentației de

atribuire, respectiv cu semnătura prestatorului de servicii de management cont SEAP al instituției, potrivit relației contractuale aflate în desfășurare.

Referitor la critica potrivit căreia a fost invocat eronat alineatul (2) al art. 137 din HG nr. 395/2016, articol abrogat, autoritatea contractantă arată că a fost o greșeală de tehnoredactare, în loc de alin. (3) a scris alin. (2). Astfel, achiesează și se angajează ca în adresa finală de transmitere a rezultatului aplicării procedurii să menționeze cadru legal corect ce a stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

Autoritatea contractantă mai precizează că primăria este cea chemată să îndeplinească diligențele/demersurile necesare transpunerii în realitate a Hotărârilor Consiliului local al Comunei, tocmai ceea ce s-a întâmplat în speță.

În concluzie, aceasta arată că decizia de respingere a ofertei contestatoarei s-a datorat nerespectării cerințelor de asigurare a respectării calendarului de livrare avut în vedere de autoritatea contractantă și explicit menționat în Anexa 2 la caietul de sarcini, în contextul eșecului său de a depune produsele aferente testului inițiat în data de 02.09.2024.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. .../1, în valoare de ... lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., la data de 09.09.2024.

Cauțiunile constituite se vor restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat ... în data de 09.08.2024 privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Achiziție servicii de catering în cadrul Programului Național «Masa sănătoasă» pentru preșcolari și elevii Școlii Gimnaziale Prof. dr. ...”. Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 599.138 lei, fără TVA, iar termenul stabilit pentru depunerea ofertelor 20.08.2024, ora 15:00. Criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte, așa cum rezultă din documentul numit „Minuta întâlnirii de lucru a comisiei de evaluare”, încheiată în data de 21.08.2024, deși în conținutul acesteia se regăsesc informații exclusiv la 2 oferte, respectiv:

„La vizualizarea ofertelor în aplicația SEAP se constată că au fost depuse un număr de 3 oferte după cum urmează:

S.C. ... S.R.L. ... care a constituit garanția de participare prin polița de asigurare Seria AX, nr. 147279 din 16.08.2024, emisă de SC ... SA, în cuantum de 5.991,38 lei,

cu termen de valabilitate 20.10.2024, formularul respectând formatul documentului din fișierul *Formulare*;

S.C. ... S.R.L. ... care a constituit garanția de participare prin Ordin de plată nr. 2024228817628 din 20.08.2024, în cuantum de 5.991,38 lei;

S.C. ... S.R.L. ... care a constituit garanția de participare prin polița de asigurare Seria AX, nr. 147214 din 14.08.2024, emisă de SC ... SA, în cuantum de 5.991,38 lei, cu termen de valabilitate 20.10.2024, formularul respectând formatul documentului din fișierul *Formulare*”.

Potrivit Raportului procedurii nr. 3508/27.09.2024, cele 3 oferte depuse în cadrul procedurii de atribuire, conform informațiilor de la pagina 4, sunt ... SRL, ... SRL și ... SRL.

Din conținutul aceluiași raport al procedurii rezultă că 2 din cei 3 ofertanți, în speță ... SRL și ... SRL, au fost eliminați din competiție, ofertele acestora fiind respinse ca neconforme pentru același motiv, respectiv neparticiparea la testul de „furnizare a unui număr de 246 pachete alimentare” inițiat de autoritatea contractantă în data de 02.09.2024, ora 08:52.

Împotriva acestui rezultat al procedurii de atribuire a formulat contestație ... SRL, prin care invocă caracterul nelegal al deciziei autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale având în vedere că în caietul de sarcini nu se regăsește o astfel de cerință (test de furnizare a unui număr de 246 pachete alimentare) cât și critici referitoare la adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a cărei nulitate o invocă pentru lipsa oricărei semnăturii (olografe și/sau electronice) și la emitentul adresei de comunicare, în speță adresa nu provine de la Comuna ..., ci de la Primăria Comunei ... care nu are capacitate procesuală de folosință.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să

respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, *ex multis*, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g, decizia nr. 3.891 din 14 iunie 2023 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 72792223d, decizia civilă nr. 176 din 21 august 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 985333e48, decizia nr. 1.738 din 20 septembrie 2023 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust g8e8223g8, decizia civilă nr. 288 din 2 noiembrie 2023 a Curții de Apel Constanța, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 597ee7239, și decizia civilă nr. 641 din 3 octombrie 2024 a Curții de Apel București, Secția a X-a contencios administrativ și fiscal și pentru achiziții publice, cod ReJust de79d856e).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 6 din 12 ianuarie 2024, cod ReJust g8789d674, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust

289...ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, *Ingsteel și Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „*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 aceluiași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)*”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de achiziție, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe

care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament

între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, *Vanbreda Risk & Benefits/ Comisia*, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene

din 20 martie 2013, Nexans France/ Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această contextualizare de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de contestatoare, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritatea contractantă prin raportul procedurii de atribuire nr. 3508/27.09.2024, iar rezultatul cu privire la decizia de respingere a ofertei ... SRL a fost comunicat contestatoarei din prezenta procedură, în data de 04.09.2024, înainte de finalizarea procesului de evaluare a ofertelor cu nerespectarea dispozițiilor art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În soluționarea cauzei, Consiliul reține că prin adresa, fără număr de înregistrare, nedată și nesemnată, primită în data de 04.09.2024, autoritatea contractantă a comunicat ofertantului ... SRL, următoarele:

„Comisia constituită prin Dispoziție a Primarului Comunei ... pentru evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de «Achiziție servicii de catering în cadrul Programului Național „MASA SĂNĂTOASĂ” pentru preșcolari și elevii Școlii Gimnaziale „Prof. dr. ...”», analizând propunerea dvs. tehnică, în contextul testului derulat de subscrisa în data de 02.09.2024 și cu luarea în

considerare a adresei dvs nr. 130/02.09.2024, **prin raportare la prevederile caietului de sarcini** al procedurii, a constatat următoarele:

1. Caietul de sarcini al procedurii, astfel cum a fost acesta pus la dispoziția ofertanților prin intermenul SEAP; includea 2 anexe din care una era intitulată **REGULAMENT PROPRIU** de organizare și funcționare a programului Național «MASA SĂNĂTOASĂ», la nivelul Școlii Gimnaziale «Prof. dr. ...».

2. Potrivit acestui regulament, pentru o corectă derulare a programului, având în vedere că de prevederile acestuia beneficiază exclusiv preșcolarii sau elevii prezenți la cursuri, zilnic urmează a fi parcurse o serie de etape:

2.1. Evidența prezenței elevilor: în fiecare dimineață până la ora 8:30, se va centraliza prezența preșcolarilor și a elevilor

2.2. Coordonatorul local va face comanda suportului alimentar pentru ziua respectivă la firma furnizoare, zilnic până la ora 9:00. De asemenea, pe lângă comanda pentru porțiile din ziua respectivă, se va transmite și o precomandă estimativă pentru porții din ziua următoare.

2.3. 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 responsabili numiți.

3. În cadrul propunerii dvs. tehnice, membrii comisiei de evaluare nu au identificat nicio prevedere care să permită verificarea acestui calendar, existând însă o prevedere generală (la fila 6 a propunerii dvs. tehnice, secțiunea Condiții pentru transport și distribuție) potrivit căreia «Livrarea se va face ținând cont de Regulamentul de organizare și funcționare a Programului – pilot de acordare a unui suport alimentar în cadrul Din Școala Gimnazială „Prof. dr. ...” ...».

4. Tocmai pentru verificarea unor astfel de situații, încă din etapa de organizare a procedurii, s-a impus prezentarea unei Declarații-Acord cu privire la derularea unui test în perioada de evaluare a ofertelor, test care să releve posibilitatea efectivă de îndeplinire de către oricare dintre ofertanți a celor asumate prin ofertele lor.

5. Pentru realizarea acestui test, în data de 02.09.2024, la orele 08:52 (deci până la ora (09:00) a fost emisă o comandă la adresele de email indicate în cadrul ofertelor depuse în cadrul procedurii prin care s-a solicitat livrarea a 246 pachete alimentare. Avându-se în vedere caracterul de test al acestei operațiuni, s-a specificat clar că nu se impune a fi respectate prevederile referitoare la etichetare, precum și faptul că nu se emite și precomanda stipulate în regulament cu această ocazie, nefiind cazul în această speță;

6. Solicitarea a fost transmisă simultan tuturor ofertanților, din adresa de email specificată în documentele achiziției: ... (a se vedea pct. I.1 din Fișa de Date a Achiziției/Anunțul simplificat de participare).

7. În aceeași data a fost recepționată de pe adresa de email transmisă în cadrul Formularului 12 de către dvs (...) o adresă (nr.130/02.09.2024) adresată societății prestatoare de servicii de management cont SEAP al primăriei, prin care vă manifestați dezacordul cu privire la modalitatea de derulare a acestui test, susținând că nicăieri în caietul de sarcini nu sunt specificate condițiile efective de realizare a acestuia sau intervalele orare aferente acestui test.

8. Mai mult, se afirmă la nivelul acestei adrese că nici condițiile de derulare a testului nu pot fi respectate, realizarea acestuia la nivelul unui ofertant impunând existența pe stoc a produselor necesare dar și timpul necesar livrării efective a produselor;

9. În ceea ce privește neutilizarea facilităților SEAP pentru transmiterea comenzii de derulare a testului, precizăm că această facilitate este destinată exclusiv corespondenței cu privire la documentele ofertei, testul performat în data de 02.09.2024 a avut ca scop simularea unei zile efective de derulare a contractului de catering în condiții normale de lucru, potrivit calendarului explicit menționat în Anexa 2

la caietul de Sarcini – Regulamentul propriu de organizare și funcționare a Programului Național «MASA SĂNĂTOASĂ», la nivelul Școlii Gimnaziale «Prof. dr. ...»;

Pentru aceste motive, după analiza propunerii dvs tehnice, în contextul eșecului dvs. de a se depune produsele aferente testului inițiat de Comuna ... și cu luarea în considerare a celor afirmate de dvs prin adresa nr. 130 din 02.09.2024, având în vedere prevederile calendarului de derulare a contractului stipulate în Anexa 2 la Caietul de sarcini al procedurii, vă transmitem pe această cale decizia comisiei de evaluare de respingere ca neconformă a ofertei dvs în aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) litera a) din HG 395/2016 actualizată, deoarece propunerea tehnică evaluată nu a fost de natură a satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, deoarece nu s-a făcut dovada respectării cerințelor din caietul de sarcini al procedurii de asigurare a respectării calendarului de livrare avut în vedere de autoritatea contractantă și explicit menționat în Anexa 2 la caietul de Sarcini – regulamentul propriu de organizare și funcționare a programului Național «MASA SĂNĂTOASĂ», la nivelul Școlii Gimnaziale «Prof. dr. ...». Mai mult, prin adresa nr. 130 din 02.09.2024 ce ne-a parvenit, dvs. afirmați fără echivoc că acest calendar nu poate fi respectat nici măcar în zilele de derulare a contractului deoarece ar fi necesară existența pe stoc a produselor aferente celor 246 pachete alimentare iar timpul necesar livrării efective a produselor este insuficient. Prin urmare, prin această adresă nu doar că recunoașteți că nu puteți asigura respectarea acestui calendar de livrare, dar, mai mult, afirmați că nu puteți asigura respectarea sa în nicio circumstanță (test sau derulare a contractului)”.

Din punct de vedere procedural și formal, Consiliul constată că atât documentul depus la dosarul cauzei cât și cel transmis în format electronic nu este semnat nici olograf și nici cu semnătură electronică, cum în mod eronat susține autoritatea contractantă prin punctul de vedere, situație care atrage nulitatea relativă a documentului de vreme ce acesta a fost recunoscut ca emanând de la autoritatea contractantă, Consiliul urmând a îl analiza prin raportare la documentele transmise la dosarul cauzei.

În ceea ce privește lipsa calității procesuale active a Primăriei ... de a emite adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și nu Comuna ..., în calitate sa de autoritatea contractantă, Consiliul are în vedere că primarul este cel care aprobă sau nu raportul procedurii de atribuire iar comunicarea rezultatului procedurii de atribuire sub antetul Primăriei ... nu este de natură a conduce la concluzia unei lipse a capacității Primăriei.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către autoritatea contractantă adresa nr. 3531 din 01.10.2024 prin care a fost comunicat ofertantului contestator rezultatul final, după aprobarea raportului procedurii de atribuire nr. 3508/27.09.2024 de către primar, în aplicarea dispozițiilor art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, însă cu nerespectarea dispozițiilor alin.(2) al aceluiași articol, prin care aduce la cunoștință ... SRL:

„Cu regret vă informăm că oferta prezentată de dvs a fost respinsă ca neconformă pentru motivele ce v-au fost deja comunicate în cadrul documentului «Comunicare intermediară tehnic» transmis prin intermediul SEAP în data de 04.09.2024”, informație care se dovedește falsă, având în vedere că documentul a fost comunicat contestatoarei prin

intermediul adresei de email și nu în SEAP, aspect criticat întemeiat, de altfel, de contestatoare.

Însă, în ceea ce privește motivul de respingere a ofertei cu privire la neparticiparea la așa-zisa testare, Consiliul constată încălcarea de către membrii comisiei de evaluare atât a atribuțiilor ce le revin în conformitate cu dispozițiile art. 127 din HG nr. 395/2016 cât și principiul transparenței și tratamentului egal prin modul de evaluare a celor trei oferte și nu în ultimul rând, ci esențial în soluționarea cauzei, demersurile abuzive ale acestora prin impunerea unor obligații în sarcina ofertanților care nu se regăsesc în caietul de sarcini, și nici în întreaga documentație de atribuire. Comisia de evaluare a adăugat și impus, în fapt, în etapa de evaluare a ofertelor respectarea de către cei trei ofertanți a unor cerințe care nu se regăsesc în documentația de atribuire, pe de o parte, iar pe de altă parte, mijloacele de comunicare și adresele, emailurile transmise ofertanților se regăsesc în afara cadrului legal, nu doar a prevederilor documentației de atribuire.

Consiliul constată că toate aspectele care au fost comunicate prin adresa din data de 04.09.2024 sunt străine de prevederile documentației de atribuire, singurul document care ar putea fi interpretat ca având legătură cu o eventuală testare este „*Declarație/Acord*”, fără a exista însă alte informații în documentația de atribuire legat de testarea care a constituit motiv de respingere a ofertei ca neconformă.

Consiliul constată că în SEAP Secțiunea dedicate Formulelor – „*Modele de formulare*”, este menționat „*Formularul 12 Declarație acord proba mâncare*” din al cărui conținut se poate trage concluzia să ofertanții își dau acordul pentru „*realizarea testului de furnizare (...). Ne angajăm să realizăm testul de furnizare conform prevederilor caietului de sarcini, și să livrăm un număr de **xxxxxxx** porții care să fie livrate în următoarele locații (...). Înțelegem că toate costurile legate de acest test vor fi suportate în totalitate de societatea noastră*”, acestea fiind de altfel și singurele informații din prezenta procedură de atribuire care face trimitere la participarea unui test de furnizare. Nu lipsit de relevanță pentru inducerea în eroare a ofertanților este faptul că apare și informația „*număr de **xxxxxxx** porții*”, care conduce la convingerea că este vorba de totalul porțiilor indicate în caietul de sarcini de „*236.947 porții*” și nicidecum la numărul estimativ de porții de 246, cum în mod eronat susține autoritatea contractantă.

Nici anexele caietului de sarcini nu conțin informații care au legătură cu *testul de furnizare*:

- Anexa 1 conține Norme minime obligatorii ce trebuie respectate în pregătirea mesei pentru preșcolari și elevi, cele 11 puncte privesc aspecte exclusiv legate de mâncare, spre exemplu punctul 2 „*Uleiul necesar preparării se utilizează o singură dată, fiind u ulei de calitate superioară*”;

- Anexa 2 - *Regulamentul propriu de organizare și funcționare a Programului Național „MASA SĂNĂTOASĂ”, la nivelul Școlii Gimnaziale*

„Prof.dr. ...”, document care, așa cum rezultă și din denumire, reprezintă regulamentul intern privind modul de organizare a programului și nicidecum prevederi care să privească etapa de ofertare, în speță prevederi referitoare la un test de furnizare.

Cu privire la „teste”, „testare”, Consiliul constată că în caietul de sarcini, singurele informații sunt cele de la punctul 6, respectiv:

„6. Metode de testare și control

Produsele alimentare distribuite conform prevederilor Programul Național «MASA SĂNĂTOASĂ», se analizează doar în laboratoarele autorizate sanitar-veterinar și pentru siguranța alimentelor, care au metodele de analiză acreditate.

Precizare: În acest sens, contractantul va asigura analiza la laborator pe parcursul derulării contractului, conform legislației în domeniu.

Persoanele angajate în producerea, manipularea și distribuția produselor alimentare sunt obligate să dețină certificat de absolvire a unui curs de Noțiuni fundamentale de igienă sau echivalent, conform Ordinului ministrului sănătății și al ministrului educației, cercetării și tineretului nr. 1.225/5.031/2003 privind aprobarea Metodologiei pentru organizarea și certificarea instruirii profesionale a personalului privind însușirea noțiunilor fundamentale de igienă, cu modificările și completările ulterioare, și fișă de aptitudini specific activității desfășurate sau echivalent, conform Hotărârii Guvernului nr. 355/2007 privind supravegherea sănătății lucrătorilor, cu modificările și completările ulterioare.

Precizări: Se va anexa propunerii tehnice dovada absolvirii unui curs de igienă pentru personal”.

Consiliul reține ca relevant în prezenta cauză faptul că prevederile documentației de atribuire trebuie să respecte dispozițiile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia **„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”**, iar ulterior publicării acesteia în SEAP autoritatea contractantă nu poate invoca neînțelegerea de către ofertanți a prevederilor ei.

De altfel, Consiliul constată că nici autoritatea contractantă nu a fost în măsură să indice, în mod concret, care este prevederea din caietul de sarcini nerespectată, pentru a da posibilitatea organului administrativ-jurisdicțional să verifice, dacă și în ce măsură, cerința respectivă a fost respectată sau nu de către ofertantul contestator.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că în data de 02.09.2024, ora 08:52, autoritatea contractantă prin ... <...>, despre care autoritatea contractantă susține că este societatea care prestează servicii de management Comunei ..., a fost transmisă următoarea solicitare:

„În conformitate cu prevederile caietului de sarcini al procedurii/Formularul 12 (Declarație/Acord pentru realizarea testului de furnizare prevăzut în Caietul de Sarcini în cadrul procedurii privind achiziția de servicii de catering pentru preșcolari și elevii Școlii Gimnaziale «Prof. DR. ...»), prin prezenta vă comunicăm faptul că astăzi, 02.09.2024 are loc testul de furnizare pentru care v-ați dat acordul prin Formularul antemenționat.

Obiectul testului îl reprezintă furnizarea unui număr de 246 pachete alimentare (sandwich + fruct) cu specificațiile din caietul de sarcini și ambulate în acord cu Documentația de Atribuire.

Nu se impune cu ocazia testului a se respecta prevederile referitoare la etichetare.

Comanda se emite în acord cu Regulamentul de organizare și funcționare a programului (Anexa 2 la caietul de Sarcini) până la cel târziu orele 9:00, **produsele comandate urmând a fi recepționate în intervalul 10:00 – 11:00**. Pentru aceasta s-a asigurat prezența unei persoane la sediul școlii.

În ceea ce privește precomanda pentru ziua următoare, aceasta nu se aplică în cazul testului de față”.

Cu adresa nr. 130/02.09.2024, ofertantul ... SRL a transmis autorității contractante, respectiv ... SRL, răspuns prin care invocă, în mod corect, caracterul abuziv al solicitării prin lipsa unei astfel de prevederi în caietul de sarcini cât și alte aspecte cu caracter formal al acesteia, respectiv solicitarea nu a fost transmisă prin intermediul SEAP, locul de desfășurare a procedurii de atribuire, nu este semnată de nicio persoană cu atribuții în cadrul procedurii de atribuire.

Cu toate acestea, cei trei membrii ai comisiei de evaluare (... – președinte, ... – membru și ... – membru) au stabilit, cu încălcarea atribuțiilor ce le revin potrivit art. 127 din HG nr. 395/2016, a principiului transparenței și a tratamentului egal, cât și a prevederilor documentației de atribuire, conform documentului întocmit în data de 04.09.2024, denumit „Minuta întâlnirii de lucru a comisiei de evaluare”, respingerea ofertei ca neconformă, reținând ca motiv în luarea deciziei următoarele:

„ofertă respinsă ca neconformă în aplicarea prevederilor art. 137 alin.(2) litera a) din HG 395/2016 actualizată, deoarece propunerea tehnică evaluată nu a fost de natură a satisface în mod corespunzător cerințele din caietul de sarcini, câtă vreme nu s-a făcut dovada respectării cerințelor din caietul de sarcini al procedurii de asigurare a respectării calendarului de livrare avut în vedere de autoritatea contractantă și explicit menționat în Anexa 2 la caietul de Sarcini – Regulamentul propriu de organizare și funcționare a programului Național «MASA SĂNĂTOASĂ», la nivelul Școlii Gimnaziale «Prof.dr. ...». Mai mult, prin adresa nr. 1130 din 02.09.2024 ce ne-a parvenit, se afirmă fără echivoc că acest calendar nu poate fi respectat nici măcar în zilele de derulare a contractului deoarece ar fi necesară existența pe stoc a produselor aferente celor 246 pachete alimentare iar timpul necesar livrării efective a produselor este insuficient. Prin urmare, prin această adresă nu doar se recunoaște că nu se poate asigura respectarea acestui calendar de livrare, dar, mai mult, se afirmă că nu se poate asigura respectarea sa în nicio circumstanță (test sau derulare a contractului)”.

Așa cum a reținut și anterior, Consiliul constată că aspectele consemnate în cadrul acestui document de lucru al comisiei de evaluare nu își găsesc, în mod concret, corespondent în prevederile caietului de sarcini, aspectele relatate apar ca simple aprecieri cu privire la modul în care ofertantul a dat curs solicitării de testare și care au natura unor presupuneri care exced prevederilor prezentei proceduri de atribuire.

Relevant în prezenta speță este și faptul că pentru același motiv a fost eliminat din competiție și un al doilea ofertant, respectiv ... SRL. Singurul ofertant care cunoștea toate informațiile referitoare la o astfel de testare și era pregătit să livreze „pachetul alimentar” într-o oră de la

solicitare cele 246 de pachete a fost ofertantul ... SRL, care a rămas singur în procedura de atribuire și a fost declarat câștigător, situație care creează contextul unor încălcări grave ale prevederilor legislației achizițiilor publice, în special a principiilor și scopului care guvernează procedurile de achiziții publice, statuate de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, având în vedere caracterul fondat al criticilor contestatoarei, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ...'... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ... și va obliga autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 3508/27.09.2024, a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei depuse de ...'... SRL, conform considerentelor de mai sus.

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:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ...'... SRL, în contradictoriu cu COMUNA

Obligă autoritatea contractantă la anularea raportului procedurii de atribuire nr. 3508/27.09.2024, a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și la reevaluarea ofertei depuse de ...'... SRL, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

