Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

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 CNSC sub nr.... (comunicată prin e-mail, la aceeași dată), formulată de..., cu sediul social în..... nr....., având... și număr de înregistrare la... ....., reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire și a modului de soluționare a solicitărilor de clarificări, elaborată de către..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în....., nr.... județul..., în cadrul procedurii simplificate proprii organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „...”, cod..., s-a solicitat:

1. Admiterea prezentei contestații.
2. Constatarea faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns în termen la solicitările de clarificări formulate de contestator la datele de... și....
3. Constatarea caracterul insuficient, neclar și necorespunzător motivat al răspunsului autorității la solicitarea privind cele 10 analize nutriționale.
4. Constatarea caracterul disproporționat și restrictiv al cerinței privind efectuarea de către fiecare ofertant a analizelor de laborator pentru cele 10 meniuri.
5. Constatarea faptului că acceptarea laboratoarelor echivalente, astfel cum a fost precizată prin răspunsul nr...., nu înlătură caracterul disproporționat al cerinței, problema contestată nefiind limitată la organismul de acreditare, ci la obligarea tuturor ofertanților să suporte costurile analizelor.
6. Obligarea autorității contractante să elimine obligația ca fiecare ofertant să efectueze și să suporte costurile analizelor de laborator pentru cele 10 meniuri.
7. În subsidiar, obligarea autorității contractante să modifice documentația astfel încât:

a) la nivelul ofertei să fie prezentate cele 10 meniuri, rețetele , gramajele și calculele nutriționale realizate de specialistul în nutriție/dietetician;

b) buletinele de analiză să fie solicitate ulterior ofertantului clasat pe primul loc, înainte de atribuirea contractului;

sau

c) analizele să fie efectuate în etapa executării contractului asupra meniurilor efectiv furnizate.

8. Obligarea autorității contractante să motiveze concret metodologia prin care buletinele de laborator sunt utilizate pentru „compararea ofertelor", în cazul în care intenționează să mențină această justificare.

9. Obligarea autorității contractante să precizeze care sunt criteriile tehnice concrete prin care rezultatele analizelor determină conformitatea sau neconformitatea celor 10 meniuri.

10. Obligarea autorității contractante să justifice de ce sunt necesare exact 10 meniuri analizate și nu un număr mai redus de probe reprezentative.

11. Prelungirea..., astfel încât operatorii economici să beneficieze de un termen rezonabil pentru adaptarea ofertelor ca urmare a măsurilor de remediere și a răspunsurilor la clarificări.

12. Dispunerea oricăror alte măsuri de remediere considerate a fi necesare pentru restabilirea legalității și asigurarea unei concurențe efective.

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

În fapt, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a inițiat prezenta procedură, având o valoare estimată de... și un număr estimat de până la... meniuri.

Menționează că, în documentația inițială s-a prevăzut că, la nivelul ofertei, trebuie prezentate: „10 propuneri de meniu împreună cu buletine de analiză a valorilor nutriționale, realizate într-un laborator acreditat RENAR. Nerespectarea cerinței duce la respingerea ofertei.”

Contestatorul precizează că a solicitat clarificări cu privire la temeiul și necesitatea acestei cerințe, inclusiv cu privire la posibilitatea utilizării calculului nutrițional realizat de specialiști și la necesitatea efectuării analizelor de către fiecare ofertant. Prin răspunsul consolidat nr...., autoritatea contractantă a menținut cerința, însă, a modificat-o sub aspectul organismului de acreditare, precizând că vor fi acceptate laboratoare acreditate RENAR sau de organisme naționale de acreditare echivalente. Totodată, prin același răspuns, autoritatea a justificat cerința prin faptul că buletinele ar permite:

- verificarea unor informații obiective, comparabile și verificabile;
- verificarea conformității meniurilor;
- asigurarea tratamentului egal;

- diminuarea riscului unor valori „pur teoretice";
- compararea ofertelor;
- verificarea capacității ofertantului de a concepe și furniza meniuri.

În acest sens, menționează că, la data de..., a transmis autorității contractante, o solicitare de reanalizare și eliminare a cerinței, însă, aceasta nu a transmis niciun răspuns.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări din..., contestatorul precizează că a transmis o solicitare privind modalitatea de transmitere a clarificărilor și contradicția existentă între documentația de atribuire și susținerea verbală potrivit căreia solicitările ar fi trebuit transmise prin SEAP. În același timp, arată că a fost atenționat telefonic, la data de..., de faptul că solicitarea trebuia depusă prin SEAP, deși procedura a fost publicată în secțiunea „Publicitate anunțuri”, unde funcționalitatea specifică „Solicitări de clarificare/Întrebări”, nu este disponibilă în aceeași manieră ca în cadrul procedurilor online. La această solicitare, autoritatea contractantă nu a transmis răspuns.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări din....

Contestatorul precizează că a transmis o solicitare amplă de reanalizare și eliminare a cerinței privind cele 10 buletine de analiză nutrițională, solicitarea fiind transmisă cu mai multe zile înainte de termenul-limită de depunere a ofertelor, stabilit pentru data de..., respectiv, în termenul prevăzut de documentația de atribuire

La această solicitare, autoritatea contractantă nu a transmis răspuns.

În ceea ce privește răspunsul consolidat nr...., arată că acesta nu înlătură caracterul disproporționat al cerinței.

Astfel, arată că prin răspunsul la întrebarea nr...., autoritatea a admis observația privind echivalența acreditării și a precizat că vor fi acceptate și laboratoare acreditate de organisme naționale de acreditare echivalente.

În opinia contestatorului, faptul că autoritatea a înlocuit sintagma „RENAR” cu „RENAR sau organism echivalent” nu elimină această problemă.

În continuare, precizează că autoritatea contractantă a mutat momentul prezentării analizelor, dar nu a înlăturat costul și barierele de participare; în urma clarificărilor, autoritatea nu mai impune neapărat ca rezultatul analizelor să existe chiar în momentul depunerii ofertei. S-a acceptat prezentarea ulterioară a buletinelor, înainte de finalizarea evaluării tehnice.

Contestatorul consideră însă că, această modificare nu rezolvă problema contestată, ci schimbă numai momentul în care ofertantul trebuie să suporte costurile. Astfel, arată că operatorul economic continuă să fie obligat: să conceapă cele 10 meniuri; să pregătească probele; să solicite laboratorului efectuarea analizelor; să suporte costurile; să aștepte rezultatele; să prezinte buletinele în etapa de evaluare.

În opinia contestatorului, această modificare nu transformă cerința într-una proporțională.

În ceea ce privește justificarea autorității privind „comparabilitatea" ofertelor, contestatorul consideră că aceasta nu este suficientă, arătând că autoritatea susține că buletinele de analiză sunt necesare pentru obținerea unor informații: „obiective, comparabile și verificabile" și pentru compararea ofertelor.

Contestatorul consideră această justificare insuficientă, întrucât, autoritatea contractantă nu a explicat ce anume se compară prin intermediul buletinelor de laborator.

Arată, de asemenea, faptul că, buletinul indică valorile determinate pentru proba analizată; acesta nu stabilește dacă meniul ofertantului A, este mai echilibrat nutrițional decât meniul ofertantului B; nu stabilește dacă structura meselor este mai adecvată; nu stabilește dacă distribuția nutrienților pe parcursul zilei este corespunzătoare; nu stabilește dacă meniul este mai potrivit pentru grupa de vârstă.

Prin urmare, în opinia contestatorului, simpla existență a unui buletin de laborator nu creează, prin ea însăși, un criteriu comparabil de evaluare nutrițională.

În continuare, contestatorul susține că analiza de laborator nu demonstrează „capacitatea ofertantului de a concepe și furniza meniuri”.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia: „ (...) cele 10 meniuri și documentele aferente permit verificarea capacității ofertantului de a concepe și furniza meniuri care respectă cerințele nutriționale asumate”, contestatorul consideră că aceasta nu este demonstrată prin mijlocul de probă ales.

În acest sens, precizează că un buletin de analiză demonstrează rezultatul determinărilor efectuate asupra unei probe, însă, nu demonstrează, prin el însuși: capacitatea organizatorică a operatorului; capacitatea tehnică de producție; existența resurselor necesare; capacitatea de aprovizionare; capacitatea de preparare; capacitatea logistică; respectarea efectivă a rețetelor în procesul de producție; capacitatea de a furniza zilnic meniurile; capacitatea de a menține valorile nutriționale pe durata executării contractului.

Contestatorul susține că autoritatea confundă determinarea unor valori cu evaluarea nutrițională a meniului, precizând că valoarea unui meniu din punct de vedere nutrițional nu rezultă exclusiv din însumarea acestor cifre.

În opinia sa, pentru a stabili dacă un meniu este corespunzător pentru copii este necesară o analiză nutrițională integrată, fiind necesară aprecierea:

- corelării aportului de proteine, lipide și glucide;
- distribuției acestora;
- necesarului energetic;
- structurii meselor;
- adecvării la grupa de vârstă;
- compoziției generale a meniului;
- frecvenței alimentelor și categoriilor alimentare;

- respectării cerințelor nutriționale stabilite de legislația aplicabilă.

Precizează că autoritatea trebuia să demonstreze concret ce element suplimentar și indispensabil pentru evaluarea meniului este furnizat de laborator și nu poate fi obținut prin evaluarea nutrițională realizată de specialist.

Subliniază de asemenea că Regulamentul (UE) nr.... nu impune analiza de laborator, ca singură modalitate de determinare a valorilor nutriționale, sens în care, face trimitere la prevederile art. 31 alin. (4).

Contestatorul consideră că există o inconsecventă majoră în tratamentul documentelor justificative.

Arată că autoritatea contractantă a răspuns deja solicitărilor de clarificări privind: autorizația DSVSA și experiența similară, aceasta acceptând mecanismul potrivit căruia documentele justificative sunt solicitate ofertantului clasat pe primul loc. Prin urmare, aceasta a recunoscut în cazul acestor documente că nu este necesar ca toți operatorii economici să suporte anticipat costuri și să furnizeze documentele justificative înainte de stabilirea ofertantului câștigător.

Menționează însă că, în cazul analizelor nutriționale, autoritatea contractantă refuză aplicarea aceluiași mecanism.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia, cerința se aplică în mod identic tuturor operatorilor economici, contestatorul consideră că aceasta nu este suficientă, întrucât, tratamentul egal înseamnă aplicarea acelorași reguli unor situații comparabile.

În ceea ce privește faptul că meniurile pot fi înlocuite ulterior, consideră că acest aspect diminuează utilitatea analizelor efectuate în etapa ofertării, arătând că, în cazul în care meniurile propuse și analizate pot fi ulterior înlocuite, atunci există posibilitatea ca meniurile asupra cărora ofertantul a suportat costul analizelor să nu fie cele efectiv furnizate.

De asemenea, precizează că autoritatea contractantă nu a demonstrat de ce sunt necesare exact 10 analize, neexplicând care este metodologia prin care rezultatele celor 10 analize vor fi utilizate în evaluarea ofertelor.

Consideră că cerința este necorelată cu obiectul concret al achiziției, obiectul contractului fiind servicii de catering, și nu servicii de analiză de laborator.

Consideră, de asemenea, faptul că, cerința creează o barieră economică reală, costurile aferente efectuării analizelor pentru 10 meniuri putând ajunge, potrivit informațiilor disponibile, la aproximativ 30..../operator economic.

Subliniază că, prin răspunsul consolidat la clarificări, autoritatea contractantă a modificat momentul prezentării buletinelor, permițând prezentarea lor ulterior depunerii ofertei, aceasta recunoscând, implicit, problema timpului necesar pentru obținerea rezultatelor.

În ceea ce privește răspunsul autorității contractante la întrebarea nr...., contestatorul arată că aceasta nu răspunde în mod real la solicitarea de eliminare sau modificare.

În fapt, precizează că a solicitat expres ca autoritatea să analizeze posibilitatea ca buletinele să fie solicitate concomitent cu meniurile ce vor fi efectiv livrate de câștigătorul procedurii; autoritatea însă, a respins această soluție, motivând că verificarea exclusiv după desemnarea câștigătorului nu ar permite compararea ofertelor.

Contestatorul consideră că răspunsul este insuficient motivat și că autoritatea nu explică care este criteriul concret de comparație bazat pe buletinele de laborator.

Contestatorul solicită mutarea controlului costisitor și disproporționat către momentul în care există un ofertant determinat ca fiind clasat pe primul loc, înainte de atribuirea contractului.

..., în opinia contestatorului, din coroborarea tuturor elementelor rezultă că autoritatea nu a demonstrat că, cerința 10 meniuri + 10 analize de laborator + suportarea costurilor de către fiecare ofertant este necesară și proporțională cu obiectul contractului.

Consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității și transparenței.

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă solicită, respingerea contestației, astfel:

- pe cale de excepție, ca fiind tardivă;
- pe fondul cauzei, ca neîntemeiată.

În preambul, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- cu ocazia centralizării corespondenței efectuate imediat după primirea contestației, autoritatea a constatat că solicitarea de reanalizare din... fusese primită, dar nu fusese inclusă în circuitul de răspuns ca urmare a unei verificări incomplete a corespondenței electronice;
- imediat după identificarea omisiunii a adoptat măsuri de remediere: a emis și a publicat răspunsul consolidat nr.... și a prelungit din nou termenul de depunere a ofertelor, de la... la...;
- ca urmare a publicării răspunsului consolidat și a prelungirii termenului de depunere, termenul-limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit la data de..., ora 10:.... În aceeași zi, la ora 12:..., comisia de evaluare s-a întrunit în vederea deschiderii ofertelor și a întocmirii procesului-verbal aferent.

A. Cu privire la excepția tardivității criticilor îndreptate împotriva documentației de atribuire

Autoritatea contractantă precizează că, încă din documentația inițială erau cunoscute următoarele elemente:

- obligația prezentării a 10 propuneri de meniu;
- obligația prezentării buletinelor de analiză a valorilor nutriționale;
- numărul de 10 meniuri pentru care erau solicitate aceste documente;
- caracterul obligatoriu al cerinței;

- consecința nerespectării acesteia

..., contestatorul cunoștea atât existența cerinței, cât și implicațiile tehnice și economice pe care le invocă în prezenta contestație, cel târziu la data de.... Cu toate acestea, contestația a fost formulată și comunicată autorității contractante abia la data de..., după expirarea termenului legal de 7 zile.

Subliniază, de asemenea, faptul că răspunsul consolidat nr.... nu a introdus pentru prima dată obligația prezentării celor 10 meniuri și nici cerința verificării valorilor nutriționale prin buletine de analiză. Aceste obligații existau în documentația publicată la.... Prin răspunsul nr.... au fost aduse precizări referitoare la acceptarea acreditării echivalente și la modalitatea și momentul prezentării documentelor. Aceste precizări nu pot redeschide termenul de contestare pentru elementele clare și nemodificate ale documentației inițiale.

Autoritatea contractantă precizează că excepția nu este invocată cu privire la criticile care vizează eventualele elemente introduse pentru prima dată prin răspunsul consolidat nr.... și nici cu privire la nesoluționarea solicitărilor din... și.... Pentru aceste aspecte au fost formulate apărări distincte, inclusiv prin raportare la măsurile de remediere adoptate.

Pe fondul cauzei, față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă răspunde, punctual, după cum urmează:

1. Cu privire la critica: „Prin răspunsul consolidat nr...., autoritatea contractantă a menținut cerința, însă a modificat-o sub aspectul organismului de acreditare, precizând că vor fi acceptate laboratoare acreditate RENAR sau de organisme naționale de acreditare echivalente”:

Autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsul consolidat nr...., nu s-a limitat la simpla înlocuire a referirii la acreditarea RENAR; în cuprinsul acestui răspuns au fost oferite mai multe precizări referitoare la cerința contestată.

Menționează că a admis observația privind echivalența acreditării și a precizat că, ori de câte ori documentația face referire la un laborator acreditat RENAR, formularea trebuie înțeleasă ca referindu-se la un: „laborator acreditat RENAR sau de un organism național de acreditare echivalent, recunoscut potrivit Regulamentului (CE) nr...., pentru încercările/determinările relevante”.

Totodată, s-a precizat că laboratorul trebuie să fie acreditat pentru metodele utilizate efectiv la determinarea valorilor nutriționale, iar domeniul acreditării trebuie să poată fi verificat.

Autoritatea contractantă precizează că a explicat scopul pentru care a fost instituită cerința, respectiv verificarea, pe baza unor informații obiective și verificabile, a conformității meniurilor propuse cu cerințele nutriționale cuprinse în documentația de atribuire, precum și diminuarea riscului prezentării unor valori exclusiv teoretice.

De asemenea, autoritatea contractantă a confirmat că sunt acceptate calculele nutriționale întocmite de un nutriționist, dietetician sau de un alt specialist autorizat, realizate pe baza rețetelor standardizate, a fișelor tehnice ale ingredientelor și a bazelor de date nutriționale recunoscute. S-a precizat, însă, că aceste calcule și buletinele de analiză îndeplinesc funcții diferite: calculele fundamentează valorile nutriționale estimate, în timp ce buletinele de laborator confirmă, prin determinări de specialitate, valorile corespunzătoare produselor analizate.

Prin urmare, apreciază că răspunsul consolidat nr.... a vizat atât problema echivalenței acreditării, cât și scopul cerinței, modalitatea de verificare a valorilor nutriționale și raportul dintre calculele realizate de specialist și determinările efectuate de laborator.

Autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsul consolidat nr...., a răspuns în mod expres problemei principale ridicate de operatorul economic, stabilind următoarele: „cerința se păstrează, însă, pentru a evita orice interpretare, buletinele de analiză se vor solicita exclusiv ofertantului clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar, acesta având un termen de maximum 7 zile de a prezenta documentele probante”.

Pentru celelalte aspecte din solicitarea de reanalizare, autoritatea contractantă fie a formulat un răspuns distinct, fie a făcut trimitere la această soluție, în situațiile în care criticile formulate porneau de la aceeași premisă, respectiv, aceea că toate analizele ar fi trebuit comandate și suportate de fiecare ofertant.

În consecință, în forma rezultată din răspunsul consolidat nr...., obligația prezentării buletinelor de analiză nu mai revine tuturor operatorilor economici participanți. Documentele vor fi solicitate exclusiv ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, căruia îi va fi acordat un termen de maximum 7 zile pentru prezentarea lor.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că omisiunea inițială privind răspunsul la solicitarea din... a fost recunoscută și remediată imediat după identificarea sa, prin publicarea răspunsului consolidat nr.... și prin prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor.

2. Cu privire la critica: „Solicitarea de clarificări din...”

Menționează că informațiile solicitate de contestator puteau fi determinate prin coroborarea prevederilor secțiunii I.3 din documentația de atribuire cu datele de identificare ale autorității contractante publicate în SEAP.

Autoritatea contractantă precizează că, în cadrul acestei proceduri, solicitările de clarificări puteau fi transmise prin e-mail la adresa publicată în SEAP. Utilizarea funcționalității „Solicitări de clarificare/Întrebări” din cadrul modulului aferent procedurilor online nu era obligatorie, având în vedere că anunțul a fost publicat în secțiunea „Publicitate anunțuri”. De altfel, contestatorul a utilizat chiar această modalitate de comunicare, transmițând solicitarea din... si... prin e-mail. Solicitarea a ajuns la destinatar, ceea ce confirmă că operatorul economic a identificat și a folosit

canalul de comunicare prevăzut în documentația de atribuire și indicat în SEAP.

În ceea ce privește susținerea potrivit căreia, în cadrul unei discuții telefonice, contestatorului i s-ar fi comunicat că solicitările trebuiau transmise prin SEAP, precizează că nu s-a stabilit și nu s-a comunicat printr-un act oficial o regulă potrivit căreia solicitările puteau fi transmise exclusiv prin intermediul SEAP.

3. Cu privire la critica: „Solicitarea de clarificări din...".

Autoritatea contractantă recunoaște că solicitarea de clarificări și de reanalizare transmisă de contestator la data de... a fost primită prin e-mail și că, raportat la termenul de depunere a ofertelor stabilit la acel moment pentru data de..., solicitarea a fost formulată în termenul prevăzut de documentația de atribuire. Prin publicarea răspunsului la data de... și prelungirea...., autoritatea contractantă a urmărit să asigure operatorilor economici timpul necesar pentru luarea la cunoștință a răspunsului și pentru adaptarea ofertelor în raport cu măsura adoptată.

Solicită Consiliului să constate că aceasta a fost remediată imediat după identificare.

4. Cu privire la critica: „Răspunsul consolidat nr.... nu înlătură caracterul disproporționat al cerinței".

Autoritatea contractantă precizează că admiterea echivalenței acreditării, prin răspunsul consolidat nr...., a reprezentat numai una dintre clarificările aduse cerinței. Această precizare a urmărit înlăturarea oricărei posibile interpretări potrivit căreia ar fi acceptate exclusiv buletine emise de laboratoare acreditate RENAR.

Referitor la necesitatea analizelor, prin același răspuns consolidat, autoritatea contractantă a arătat că cerința a fost stabilită în scopul verificării, pe baza unor informații obiective și verificabile, a conformității meniurilor propuse cu cerințele nutriționale prevăzute în documentația de atribuire. Buletinele emise de un laborator acreditat permit trasabilitatea determinărilor, utilizarea unor metode recunoscute și emiterea rezultatelor în condiții de competență tehnică verificată. Aceste documente au fost solicitate ca mijloace de verificare a valorilor nutriționale corespunzătoare meniurilor propuse, iar nu ca o condiție de calificare fără legătură cu obiectul contractului

În același timp, autoritatea contractantă a reanalizat susținerea referitoare la costurile pe care, potrivit răspunsului nr...., ar fi trebuit să le suporte fiecare ofertant pentru efectuarea analizelor.

Ca urmare a solicitării din... și a contestației formulate, autoritatea contractantă a adoptat măsura de remediere cuprinsă în răspunsul consolidat nr...., prin care a stabilit în mod expres: „cerința se păstrează, însă, pentru a evita orice interpretare, buletinele de analiză se vor solicita exclusiv ofertantului clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar, acesta având un termen de maximum 7 zile de a prezenta documentele probante".

Prin urmare, arată că în forma finală rezultată din răspunsul consolidat nr...., buletinele de analiză nu mai sunt solicitate tuturor

ofertanților. Obligația prezentării acestora revine exclusiv ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar.

În consecință, subliniază că operatorii economici care nu se clasează pe primul loc nu sunt obligați să prezinte buletinele de analiză și nici să suporte costurile aferente obținerii acestora. Prin măsura adoptată, autoritatea contractantă a înlăturat tocmai sarcina economică generală reclamată de contestator.

Totodată, arată că, potrivit răspunsului consolidat nr...., ofertantului clasat pe primul loc i se acordă un termen de maximum 7 zile pentru prezentarea documentelor probante. Nu s-a impus o anumită vechime sau un anumit termen de valabilitate a buletinelor, astfel încât pot fi prezentate și analize realizate anterior, cu condiția ca acestea să corespundă meniurilor ofertate

În aceste condiții, critica potrivit căreia fiecare ofertant ar continua să fie obligat să suporte costurile analizelor nu mai corespunde cerinței în forma stabilită prin răspunsul consolidat nr..... Autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act de măsura de remediere adoptată și să constate că nu mai este necesară dispunerea eliminării obligației pentru toți ofertanții, această măsură fiind deja implementată.

5. Cu privire la critica: „autoritatea a mutat momentul prezentării analizelor, dar nu a înlăturat costul și barierele de participare”.

Autoritatea contractantă precizează că ulterior formulării contestației, a reanalizat acest aspect și a modificat mecanismul prin răspunsul consolidat nr.....

Prin urmare, menționează că operatorii economici care intenționau să participe la procedură și să depună oferte până la termenul-limită din data de..., ora 10:..., nu mai aveau obligația, la momentul depunerii ofertelor, să contracteze un laborator, să transmită probe, să suporte costurile analizelor ori să aștepte emiterea buletinelor, Aceste demersuri reveneau exclusiv ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, căruia i se acorda un termen de maximum 7 zile pentru prezentarea documentelor probante.

Totodată, prin răspunsul consolidat nr...., autoritatea contractantă a precizat că nu a fost impusă o anumită vechime sau o anumită perioadă de valabilitate a buletinelor de analiză. În consecință, ofertantul clasat pe primul loc poate prezenta inclusiv analize realizate anterior, dacă acestea corespund meniurilor ofertate.

Astfel, menționează că măsura adoptată înlătură costul analizelor pentru operatorii economici care nu se clasează pe primul loc și permite participarea la procedură fără efectuarea prealabilă a cheltuielilor de laborator contestate. Menținerea obligației pentru ofertantul clasat pe primul loc este justificată de necesitatea verificării conformității meniurilor propuse înainte de atribuirea contractului. Prin răspunsurile la clarificări, autoritatea contractantă a arătat că buletinele de analiză sunt solicitate pentru verificarea, pe baza unor informații obiective și verificabile, a

valorilor nutriționale corespunzătoare meniurilor și pentru confirmarea rezultatelor prezentate la nivelul propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act de măsura de remediere adoptată și să constate că pretinsa barieră economică suportată de toți participanții a fost înlăturată.

6. Cu privire la criticile referitoare la scopul buletinelor de analiză, comparabilitatea informațiilor și raportul dintre analizele de laborator și evaluarea realizată de specialistul în nutriție de la punctele 6 - 9 din cadrul contestației depuse.

Autoritatea contractantă precizează că nu a stabilit că buletinul de analiză demonstrează, în mod individual, întreaga capacitate tehnică și profesională a ofertantului. Un asemenea document nu este destinat să probeze capacitatea organizatorică, posibilitățile de aprovizionare, resursele logistice, mijloacele de transport sau capacitatea de producție a operatorului economic. Aceste elemente sunt verificate prin celelalte documente și cerințe cuprinse în documentația de atribuire. Rolul buletinului de analiză este unul determinat și limitat: acela de a confirma, prin determinări efectuate de un laborator acreditat, valorile nutriționale ale meniului analizat

În ceea ce privește expresia „informații obiective, comparabile și verificabile”, autoritatea contractantă precizează că, prin intermediul buletinelor nu se urmărește compararea directă a meniului ofertantului A cu meniul ofertantului B și nici stabilirea, pe baza analizelor, a unui clasament distinct al meniurilor. Buletinul de laborator nu înlocuiește această evaluare și nici activitatea specialistului în nutriție. Laboratorul determină valorile parametrilor pentru proba analizată, iar specialistul elaborează și evaluează meniul în ansamblul său, prin raportare la categoria de vârstă și la cerințele nutriționale aplicabile.

Autoritatea contractantă precizează că, prin răspunsul consolidat nr...., a acceptat în mod expres calculele nutriționale întocmite de un nutriționist, dietetician sau de un alt specialist autorizat, pe baza rețetelor standardizate, a fișelor tehnice ale ingredientelor și a bazelor de date nutriționale recunoscute. S-a precizat, însă, că aceste calcule și buletinele de laborator au caracter complementar: calculele specialistului fundamentează valorile nutriționale estimate ale meniului; buletinul de analiză confirmă, prin determinări de specialitate, valorile corespunzătoare probei analizate

Având în vedere că serviciile sunt destinate copiilor cu vârsta de până la 3 ani, autoritatea contractantă consideră necesar ca, înainte de atribuirea contractului, conformitatea meniurilor ofertantului clasat pe primul loc să fie verificată atât prin documentele și calculele întocmite de specialist, cât și prin documentele probante solicitate potrivit răspunsului consolidat nr.....

7. Cu privire la critica: „există o inconsecventă majoră în tratamentul documentelor justificative”:

Autoritatea contractantă precizează că aspectele invocate prin această critică au fost clarificate în cadrul răspunsurilor formulate la punctele anterioare din prezentul punct de vedere, la care face trimitere pentru evitarea repetării acelorași argumente. Prin răspunsul consolidat nr...., s-a stabilit aplicarea, în privința buletinelor de analiză, a mecanismului solicitat de contestator. Astfel, buletinele de analiză se solicită exclusiv ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, acesta beneficiind de un termen de maximum 7 zile pentru prezentarea documentelor probante.

8. Cu privire la critica: „argumentul tratamentului egal, nu justifică o cerință disproporționată”

Autoritatea contractantă arată că prin răspunsul consolidat nr...., a stabilit că buletinele de analiză vor fi solicitate exclusiv ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, acestuia fiindu-i acordat un termen de maximum 7 zile pentru prezentarea documentelor probante. Prin această măsură, s-a înlăturat suportarea costurilor analizelor de către fiecare participant și, implicit, riscul ca obligația respectivă să descurajeze operatorii economici de la depunerea ofertelor.

În aceste condiții, susținerile referitoare la suportarea unor costuri de ordinul zecilor de mii de lei de către fiecare participant și la afectarea participării operatorilor economici de dimensiuni mai mici, nu mai corespund cerinței astfel cum a fost modificată prin răspunsul consolidat nr.....

9. Cu privire la critica: „faptul că meniurile pot fi înlocuite ulterior diminuează utilitatea analizelor efectuate în etapa ofertării”.

Autoritatea contractantă precizează că trebuie să se asigure, anterior atribuirii, de faptul că meniurile ofertantului clasat pe primul loc corespund cerințelor documentației. De asemenea, are obligația de a verifica respectarea cerințelor nutriționale atât înainte de atribuirea contractului, pentru meniurile ofertate, cât și ulterior, dacă se solicită înlocuirea acestora.

În consecință, arată că posibilitatea înlocuirii ulterioare a unor meniuri nu diminuează utilitatea buletinelor inițiale, întrucât fiecare meniu este verificat în etapa în care urmează să fie aprobat și furnizat. Autoritatea contractantă solicită respingerea acestei critici ca neîntemeiată.

10. Cu privire la critica: „autoritatea nu a demonstrat de ce sunt necesare exact 10 analize”:

Autoritatea contractantă precizează că această cerință era cunoscută de către contestator, încă de la publicarea documentației, aspect confirmat și de solicitările de clarificări formulate asupra acesteia imediat după publicarea procedurii. Prin urmare, în măsura în care contestatorul critică însăși stabilirea numărului de 10 meniuri și solicită reducerea acestuia la unul, două sau trei meniuri, critica este îndreptată împotriva documentației inițiale și a fost formulată după expirarea termenului de 7 zile prevăzut pentru contestarea acesteia

În consecință, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției tardivității acestei critici.

Pe fond, susține, de asemenea, faptul că prezentarea unui singur meniu nu ar permite autorității contractante să examineze modul în care ofertantul a înțeles să respecte cerințele privind diversitatea și caracteristicile nutriționale ale serviciilor pe care urmează să le presteze.

În consecință, solicitarea celor 10 buletine este corelată cu numărul celor 10 meniuri distincte care formează propunerea tehnică, iar rezultatele nu sunt utilizate pentru acordarea punctajului sau pentru compararea superiorității ofertelor. Autoritatea contractantă solicită, în subsidiar, respingerea criticii, ca neîntemeiată.

11. Cu privire la critica: „cerința este necorelată cu obiectul concret al achiziției”

Cerința privind prezentarea celor 10 propuneri de meniu împreună cu buletinele de analiză a valorilor nutriționale era prevăzută în mod expres în documentația de atribuire publicată la data de...

Arată că răspunsurile consolidate au modificat organismul de acreditare acceptat, momentul prezentării buletinelor și operatorul economic căruia îi revine obligația prezentării acestora, fără să introducă pentru prima dată cerința analizelor de laborator.

..., întrucât, contestația a fost formulată la data de..., după expirarea termenului de 7 zile calculat în raport cu publicarea documentației, autoritatea contractantă solicită admiterea excepției tardivității acestei critici.

Pe fond, subliniază că rolul buletinului este limitat la confirmarea, prin determinări efectuate de un laborator acreditat, a valorilor nutriționale ale meniului analizat. Mai mult, prin răspunsul consolidat nr...., obligația prezentării buletinelor a fost limitată la ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar. În consecință, solicită admiterea excepției tardivității, iar în subsidiar, respingerea criticii ca neîntemeiată.

12. Cu privire la critica: „cerința creează o barieră economică reală”.

Autoritatea contractantă arată că cerința, în forma sa finală, nu condiționa participarea la procedură de suportarea prealabilă a costurilor analizelor și nu era de natură să descurajeze depunerea ofertelor.

13. Cu privire la critica: „autoritatea a recunoscut implicit că timpul de efectuare a analizelor constituie o problemă”

Arată că susținerea potrivit căreia fiecare operator economic ar fi rămas obligat să contracteze și să suporte costul analizelor nu mai corespunde formei finale a cerinței, sens în care, solicită respingerea criticii, ca neîntemeiată.

14. Cu privire la critica: „răspunsul autorității la întrebarea nr.... nu răspunde în mod real la solicitarea de eliminare sau modificare”:

Autoritatea contractantă precizează că răspunsul nr.... clarifică atât operatorul căruia îi sunt solicitate buletinele, cât și momentul și scopul prezentării acestora. Critica întemeiată pe suportarea costurilor de către

toți ofertanții și pe utilizarea analizelor pentru compararea ofertelor, nu mai corespunde formei finale a cerinței.

15. Cu privire la critica: „autoritatea trebuie să distingă între conformitatea ofertei și documentele justificative”:

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, aplică și cunoaște distincția dintre conformitatea propunerii tehnice și documentele prezentate pentru verificarea celor declarate și asumate prin ofertă. Întrucât, măsura solicitată de contestator a fost deja adoptată, solicită Consiliului să ia act de remedierea efectuată și să constate că nu mai este necesară dispunerea unei măsuri suplimentare cu același obiect.

16. Cu privire la critica: „Soluția propusă de contestator este mai puțin restrictivă și permite atingerea aceluiași scop”.

Întrucât, soluția mai puțin restrictivă solicitată de contestator a fost deja adoptată, autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act de măsura de remediere și să constate că nu mai este necesară dispunerea unei măsuri suplimentare cu același obiect.

Prin adresa nr....., Consiliul pune în discuție contestatorului excepția tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă, în punctul de vedere mai sus menționat.

Contestatorul răspunde prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., solicitând respingerea excepției tardivității, în ceea ce privește criticile îndreptate împotriva răspunsurilor la clarificări, a răspunsurilor consolidate și a măsurilor de remediere ulterioare publicării documentației de atribuire, sens în care, își susține argumentele expuse în contestație.

Contestatorul arată, totodată, că, deși autoritatea contractantă a adoptat anumite măsuri favorabile concurenței (acceptarea acreditărilor echivalente, solicitarea buletinelor de analiză numai ofertantului clasat pe primul loc și Prelungirea...), mecanismul final stabilit prin răspunsul consolidat nr.... rămâne insuficient de clar, predictibil și proporțional, întrucât, termenul de maximum 7 zile pentru prezentarea celor 10 buletine este rigid și nu permite prelungirea.... 209 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, iar documentația nu definește parametrii nutriționali care se determină, metodele de încercare, toleranțele acceptabile, raportul dintre calculul nutrițional și rezultatul analitic, consecința juridică a unei diferențe între acestea și regimul înlocuirii meniurilor, solicitând obligarea autorității contractante la stabilirea acestor elemente, precum și la publicarea în SEAP a unei forme finale și consolidate a cerințelor, cu prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport memory stick.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr.... contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., eliberată de... / Unitatea: Cotnari, în cuantum de....

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată proprie, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...".

Prin contestația care face obiectul prezentei..., operator economic interesat de participarea la procedură, este nemulțumit, pe de o parte, de cerința din documentația de atribuire potrivit căreia „...", pe care o apre*ciază ca fiind disproporționată, restrictivă și de natură să creeze o barieră economică la participarea la procedură, iar, pe de altă parte, de modul în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitările sa*le de clarificări, respectiv de faptul că, prin răspunsul consolidat nr...., a fost menținută cerința, fiind modificată numai sub aspectul organismului de acreditare și al momentului prezentării buletinelor, precum și de faptul că solicitările transmise la datele de... și... nu primiseră niciun răspuns până la data formulării contestației.

Ca aspect preliminar, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr...., excepție pusă în discuția contestatorului prin adresa nr....., urmând a reține că autoritatea contractantă a delimitat întinderea acesteia, în sensul că o invocă exclusiv în privința criticilor îndreptate împotriva cerințelor din documentația de atribuire publicată la data de..., iar nu și în privința criticilor care vizează elementele introduse prin răspunsul consolidat nr....u nesoluționarea solicitărilor de clarificări din... și....

Având în vedere că obiectul procedurii în cadrul căreia a fost formulată contestația constă în prestarea de servicii de catering, din categoria serviciilor sociale și a altor servicii specifice prevăzute în anexa nr. 2 la Legea nr. 98/2016, iar valoarea estimată, de... cu TVA, conform precizărilor de la secțiunea II....) din fișa de date a achiziției, este inferioară pragului de... (fără TVA) prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016 pentru acest tip de achiziție, Consiliul reține incidența, în speță, a prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „...".

Ca atare, termenul în care contestația putea 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 actul autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Având a stabili cert data la care... a luat cunoștință despre cerința pe care o critică, Consiliul va reține că documentația de atribuire (fișa de date a achiziției, caietul de sarcini și anunțul aferent procedurii simplificate proprii) a fost publicată de autoritatea contractantă în SEAP, la secțiunea „Publicitate anunțuri*", odată cu anunțul* nr...., la data de..., dată pe care contestatorul însuși o indică în concluziile scrise, situație în care sunt relevante prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, care stipulează astfel: „În cazul în care contestația privește *conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire".*

Or, cerința criticată figura, încă din documentația de atribuire publicată la data de..., atât la secțiunea II....) din fișa de date a achiziției, cât și la cap. 9 din caietul de sarcini („Modalita*tea de întocmire și prezentare a propunerii tehnice"), în t*ermeni care nu lăsau loc vreunei îndoieli asupra obligației fiecărui ofertant de a prezenta, la nivelul ofertei, 10 propuneri de meniu însoțite de buletine de analiză a valorilor nutriționale emise de un laborator acreditat, asupra numărului acestora, asupra caracterului obligatoriu al cerinței și asupra consecinței nerespectării ei, respectiv respingerea ofertei.

Mai mult, conduita contestatorului confirmă cunoașterea efectivă a cerinței și a implicațiilor sale tehnice și economice, câtă vreme, astfel cum arată autoritatea contractantă fără a fi contrazisă, încă de la data de... a transmis o solicitare de clarificări prin care punea în discuție necesitatea buletinelor de analiză, timpul necesar obținerii acestora și posibilitatea utilizării altor modalități de determinare a valorilor nutriționale.

Ținând cont de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 5 din același act normativ, rezultă..., că data de... (data publicării documentației de atribuire în SEAP) reprezintă data la care se raportează termenul legal de 7 zile pentru contestarea cerinței în discuție, termen care a început să curgă la data de..., s-a împlinit la data de... și era depășit la data formulării contestației, respectiv....

Purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă (solicitările de clarificări din..... și... și răspunsurile consolidate ale autorității), prin care s-a cerut reanalizarea și eliminarea cerinței privind cele 10 buletine de analiză sau înlocuirea acesteia cu alte mijloace de verificare, nu are ca efect prelungirea termenului legal de contestare a documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă acesta, întrucât legiuitorul nu dispune, în mod expres, că formularea unor solicitări de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerupe sau suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia, iar acolo unde legea nu distinge, nici interpretul nu poate distinge („ubi lex non distinguit, n*ec nos distinguere debemus").*

Altfel spus, prin solicitări de clarificări formulate cu privire la aspecte deja prevăzute în documentația de atribuire nu se poate argumenta sau „*masca*" o repunere în termen pentru formularea unei contestații îndreptate împotriva acelor aspecte din documentația de atribuire, deoarece, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice nouă solicitare de clarificări sau orice nou răspuns care menține o cerință deja cunoscută ar redeschide termenul de contestare, s-ar ajunge la eludarea termenului imperativ impus de legiuitor, care ar fi golit de orice efect dacă, sub acoperirea unui răspuns consolidat publicat la 8 zile de la publicarea documentației, operatorul economic ar putea contesta ulterior orice cerință din fișa de date sau din caietul de sarcini.

În această situație s-ar ajunge la situația absurdă în care operatorul interesat ar putea să formuleze o solicitare de clarificări cu privire la caietul

de sarcini doar pentru a se repune în termenul de formulare a contestației cu privire la specificațiile din acest înscris.

Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatorului din concluziile scrise, potrivit cărora, autoritatea contractantă nu ar putea invoca răspunsurile ulterioare ca remediere, refuzând, totodată, contestatorului posibilitatea de a critica legalitatea acestora, deoarece, un răspuns la clarificări produce o vătămare proprie, ce poate fi, la rândul lui, contestat într-un termen distinct, însă numai în măsura în care introduce elemente noi, nu și dacă se limitează să reia sau menține cerințe care existau, în aceiași termeni, în documentația publicată inițial.

Prin urmare, în considerentele ce vor urma, Consiliul va analiza, pe fond, criticile îndreptate împotriva elementelor noi ale răspunsurilor autorității contractante și împotriva nesoluționării solicitărilor de clarificări.

Înainte de a proceda la această analiză, Consiliul reține că operatorul economic cunoștea cerința privind cele 10 propuneri de meniu și buletinele de analiză a valorilor nutriționale încă de la data publicării documentației de atribuire și trebuia să manifeste o minimă diligență și să o atace, în termenul legal, dacă dorea înlăturarea ei.

..., raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art.... Cod procedură civilă, Consiliul va admite excepția tardivității, în limitele în care a fost invocată, și va respinge, ca tardive, criticile prin care contestatorul susține caracterul disproporționat, restrictiv sau excesiv de oneros al cerinței și solicită eliminarea acesteia, criticile privind lipsa legăturii cu obiectul contractului, posibilitatea determinării valorilor nutriționale prin calcul, în temeiul art. 31 alin. (4) din Regulamentul (UE) nr...., confuzia dintre analiza de laborator și evaluarea nutrițională a meniului, caracterul neconcludent al analizelor pentru dovedirea capacității ofertantului, costul estimat al analizelor, necesitatea a exact 10 meniuri analizate, lipsa criteriilor tehnice prin care rezultatele analizelor determină conformitatea meniurilor, utilitatea analizelor raportat la posibilitatea înlocuirii meniurilor, precum și tratamentul diferit al buletinelor de analiză față de documentele justificative privind autorizația sanitar-veterinară și experiența similară, toate acestea vizând conținutul documentației de atribuire publicate la data de..., iar nu un element introdus ulterior.

Trecând peste aceste aspecte preliminare, Consiliul constată că, în privința răspunsului consolidat nr...., contestația este formulată în termen, câtă vreme termenul de 7 zile a început să curgă la data de... și s-a împlinit la data de..., după cum în termen sunt formulate și criticile privind nesoluționarea solicitărilor de clarificări din... și..., în condițiile în care, potrivit secțiunii I.3) din fișa de date a achiziției, „... are obligația de a răspunde, în mod clar, *complet și fără ambiguități, la orice clarificare solicitată, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă 2 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic, dar numai dacă acelor solicitări primite cu cel puțin 3 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor”, iar „... are obligația de*

*a transmite răspunsul la so*licitările *de clarificări cu cel puțin 2 zile înainte de data-limită pentru depunerea ofertelor".*

Raportat la conținutul răspunsului consolidat nr...., astfel cum este descris concordant de ambele părți și reprodus de contestator în solicitarea de reanalizare din..., Consiliul reține că, prin acest răspuns, autoritatea contractantă a precizat că va accepta buletine emise de un „laborator acreditat R*ENAR sau de un organism național de acreditare echivalent, recunoscut potrivit Regulamentului (CE) nr...., pentru încercările/determinările relevante", că, la momentul depuneri*i ofertelor, operatorii economici vor prezenta cele 10 meniuri, fișele nutriționale preliminare și dovada solicitării analizelor ori a transmiterii probelor către laborator, buletinele urmând a fi depuse ulterior, înainte de finalizarea evaluării tehnice, și că sunt acceptate și calculele nutriționale întocmite de un specialist, cu caracter complementar buletinelor de analiză.

Prin necontestarea în termenul legal a cerinței din documentația de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie, iar răspunsul consolidat nr.... nu a modificat textul cerinței și nu a introdus vreo obligație nouă în sarcina ofertanților, ci, dimpotrivă, a relaxat condițiile de îndeplinire a acesteia, atât prin lărgirea cercului laboratoarelor ale căror buletine sunt acceptate, cât și prin amânarea momentului prezentării buletinelor după data depunerii ofertelor, astfel încât, în măsura în care contestatorul susține că acest răspuns „nu înlătură" *caracterul* disproporționat al cerinței sau că autoritatea contractantă „a mutat momen*tul prezentării analizelor, dar nu a înlăturat costul", critica sa* nu este îndreptată, în realitate, împotriva vreunui element nou al răspunsului, ci tot împotriva cerinței inițiale, de a cărei formă necontestată în termen contestatorul nu se mai poate prevala, iar o relaxare a cerinței, favorabilă tuturor operatorilor economici, nu este de natură să producă, prin ea însăși, vreo vătămare.

În cauză, prezintă relevanță normele art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs*", formulare din care rezultă că legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a obține modificarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta este necorespunzător întocmită, astfel încât, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a elimina cerința privind buletinele de analiză sau de a o înlocui cu mecanismul propus de contestator.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității contractante, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a menține o cerință stabilită prin documentația de atribuire și necontestată în termen.

Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități, solicitărilor de clarificări, obligație pe care aceasta a respectat-o prin răspunsul consolidat nr...., în care a explicat scopul cerinței (verificarea, pe baza unor informații obiective și verificabile, a conformității meniurilor cu cerințele nutriționale și diminuarea riscului prezentării unor valori exclusiv teoretice) și raportul dintre calculul nutrițional al specialistului și determinările de laborator, chiar dacă răspunsul nu a fost în direcția așteptată de contestator, inclusiv în ceea ce privește răspunsul la întrebarea nr...., prin care autoritatea contractantă a refuzat solicitarea ca buletinele să fie prezentate numai pentru meniurile efectiv livrate de câștigător.

Nici critica prin care contestatorul solicită obligarea autorității contractante să motiveze metodologia prin care buletinele de analiză ar fi utilizate pentru „*compararea ofertelor*" nu poate fi primită, deoarece, potrivit secțiunii II....) din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*" se aplică exclusiv prin doi factori de evaluare, respectiv, prețul ofertei (50 de puncte) și ponderea materiei prime în prețul total (50 de puncte), astfel încât, buletinele de analiză nu sunt utilizate la stabilirea punctajului și nici la ierarhizarea ofertelor, ci constituie un mijloc de verificare a conformității meniurilor, aspect pe care autoritatea contractantă îl confirmă expres prin punctul de vedere, arătând că, prin intermediul buletinelor, nu se urmărește compararea meniului unui ofertant cu meniul altui ofertant și nici stabilirea unui clasament distinct al meniurilor.

Prin urmare, formularea din răspunsul consolidat nr.... referitoare la „informații ob*iective, comparabile și verificabile" nu introduc*e vreo metodologie de comparare a ofertelor, care să trebuiască a fi explicitată, ci se raportează la verificarea, după reguli identice pentru toți ofertanții, a valorilor nutriționale declarate.

Pe de altă parte, se poate lesne observa că nici solicitările formulate de contestator la datele de... și... nu au avut ca scop clarificarea cerinței privind cele 10 propuneri de meniu și buletinele de analiză a valorilor nutriționale, aceasta fiind clară și înțeleasă de contestator în toate elementele ei, ci reanalizarea, eliminarea sau înlocuirea ei cu un alt mecanism de verificare, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege, aspect confirmat chiar de formularea solicitării din..., prin care contestatorul a cerut, în mod expres, „reanalizarea și eliminar*ea cerinței privind prezentarea buletinelor de analiză a valorilor nutriționale pentru cele 10 meniuri".*

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității contractante de a își justifica, în fața operatorilor economici, cerințele din documentația de atribuire sau de a preciza rațiunea pentru care acestea au fost impuse, astfel încât, nici solicitările contestatorului de obligare a autorității contractante să justifice de ce sunt necesare exact 10 meniuri analizate, să comunice costul estimat al analizelor, numărul laboratoarelor acreditate sau analiza de impact asupra concurenței, ori să motiveze

metodologia de utilizare a buletinelor, nu au suport legal. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita *„clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire*”, iar, autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar și complet, nefiind reglementat nicăieri dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității contractante, mai ales dacă acestea sunt clare și înțelese de cei interesați, cum este cazul cerinței în discuție.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări din..., prin care contestatorul a cerut lămuriri asupra modalității de transmitere a solicitărilor de clarificări, raportat la o pretinsă atenționare telefonică potrivit căreia acestea ar fi trebuit transmise prin SEAP, Consiliul reține că secțiunea I.3) din fișa de date a achiziției prevedea expres că solicitările de clarificări se transmit „prin e-m*ail sau, la datele de contact de la secțiunea I.1 de mai sus”, iar a*utoritatea contractantă confirmă, prin punctul de vedere, că solicitările puteau fi transmise prin e-mail și că nu a stabilit și nu a comunicat, printr-un act oficial, o regulă contrară.

Or, câtă vreme regula de comunicare era stabilită clar prin documentația de atribuire, iar contestatorul a utilizat chiar acest canal (atât pentru solicitarea din..., cât și pentru cele din... și..., toate fiind recepționate de autoritatea contractantă), o afirmație făcută în cadrul unei convorbiri telefonice nu putea modifica documentația de atribuire, iar lipsa unui răspuns expres la această solicitare nu este de natură să fi produs contestatorului vreo vătămare, astfel că, sub acest aspect, critica este nefondată.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări și de reanalizare din..., Consiliul reține că autoritatea contractantă recunoaște că aceasta a fost primită prin e-mail, în termenul prevăzut de documentația de atribuire, și că, din cauza unei verificări incomplete a corespondenței electronice, nu primise răspuns până la data formulării contestației, ceea ce reprezintă, într-adevăr, o încălcare a obligației asumate prin secțiunea I.3) din fișa de date a achiziției.

Cu toate acestea, după primirea contestației, autoritatea contractantă a adoptat, în temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, măsuri de remediere, publicând în SEAP răspunsul consolidat nr...., prin care a răspuns punctual celor 12 aspecte ridicate de contestator, prelungind termenul de depunere a ofertelor de la... la..., ora 10:..., astfel încât, răspunsul a fost pus la dispoziția tuturor operatorilor economici cu cel puțin 2 zile înainte de noul termen-limită, cu respectarea intervalului stabilit prin secțiunea I.3) din fișa de date a achiziției.

Prin răspunsul consolidat nr...., autoritatea contractantă a stabilit că *„cerinta se pastreaza, insa pentru a evita orice interpretare buletinele de analiza se vor solicita exclusiv ofertantului clasat pe locul 1 in clasamentul intermediar, acesta avand un termen de maxin 7 zile de a prezenta documentele probante”, adoptând...*, chiar soluția solicitată de contestator, în subsidiar, la pct. 7 lit. b) din contestație, potrivit căreia buletinele de

analiză să fie solicitate ulterior, numai ofertantului clasat pe primul loc, înainte de atribuirea contractului, precizând, totodată, că nu este impusă o anumită vechime sau un anumit termen de valabilitate a buletinelor și că înlocuirea unui meniu pe parcursul executării contractului se va face cu aprobarea achizitorului, în urma unei analize similare celei de la depunerea ofertelor.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că vătămarea invocată de contestator prin nesoluționarea solicitării din... a fost înlăturată prin măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă, iar Prelungirea..., solicitată la pct. 11 din contestație, a fost deja pusă în aplicare, ofertele fiind deschise la data de..., astfel încât nu se mai impune dispunerea vreunei măsuri suplimentare cu același obiect, iar simpla constatare a faptului că autoritatea contractantă nu a răspuns în termen la solicitările de clarificări (pct. 2 din contestație), lipsită de orice efect asupra procedurii, nu poate conduce la admiterea contestației.

În ceea ce privește susținerile formulate de contestator prin concluziile scrise nr...., potrivit cărora mecanismul stabilit prin răspunsul consolidat nr.... ar fi insuficient de clar, predictibil și proporțional, întrucât termenul de maximum 7 zile pentru prezentarea buletinelor de analiză ar fi rigid și nu ar permite o prelungire justificată, prin raportare la art. 209 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, iar documentația nu ar defini parametrii nutriționali determinați, metodele de încercare, toleranțele acceptabile, raportul dintre calculul nutrițional și rezultatul analitic, consecința unei diferențe între acestea și regimul înlocuirii meniurilor, precum și solicitările de obligare a autorității contractante la stabilirea acestor elemente și la publicarea în SEAP a unei forme finale și consolidate a cerințelor, Consiliul constată că acestea constituie noi motive de contestare și noi capete de cerere, îndreptate împotriva răspunsului consolidat nr...., emis de autoritatea contractantă după primirea contestației, și formulate pentru prima dată pe calea concluziilor scrise, la data de..., după expirarea termenului de 7 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termen care, raportat la data de..., s-a împlinit la data de....

Or, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*, astfel încât Consiliul nu va proceda la analiza acestor susțineri, care exced cadrului procesual fixat prin contestație, cu atât mai mult cu cât, prin răspunsul consolidat nr...., autoritatea contractantă a adoptat chiar soluția solicitată de contestator, în subsidiar, la pct. 7 lit. b) din contestație.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea contractantă să își modifice, să își elimine sau să își completeze cerințele după cum doresc operatorii economici interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în termenul prevăzut de lege, în scopul obținerii modificării, eliminării

sau completării pe care o doresc, posibilitate de care... nu a uzat în termen în privința cerinței din documentația de atribuire publicată la data de....

De bună seamă, că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau de a favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă, dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința cerinței privind cele 10 propuneri de meniu și buletinele de analiză a valorilor nutriționale, prevăzută în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini... trebuia să o conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui, pentru a o repune ulterior în discuție pe calea solicitărilor de clarificări și a criticilor îndreptate împotriva răspunsurilor autorității contractante.

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... în contradictoriu cu autoritatea contractantă....

Pentru aceste motive

în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

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

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 ... Consilier de soluționare ... ...

Redactat practicaua deciziei ...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 23 (douăzeci și trei) pagini