

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul social în, Cod Unic de înregistrare, număr de înregistrare la Registrul Comerțului, reprezentată legal prin și convențional de, cu sediul în, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. a autorității contractante, cu sediul în, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „....” - 4 Loturi, cu referire exclusivă la lotul 1, s-a solicitat:

- constatarea ca nelegală și netemeinică a declarării necâștigătoare, de către autoritatea contractantă, a ofertei depusă de și anularea comunicării, a raportului, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente precum și a celor conexe comunicării și raportului, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire (cum ar fi, dar fără a se limita la raportul procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii, procesele-verbale de evaluare a conformității, fișele individuale de punctaj tehnic etc. - în cazul în care acestea vor fi emise până la data soluționării prezentei contestații), în privința lotului 1;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în sensul reevaluării ofertelor tehnice și financiare ale celor doi operatori economici participanți și desemnarea ofertantului câștigător în conformitate cu dispozițiile legale și cu cerințele și criteriului de atribuire stabilite prin caietul de sarcini și fișa de date a achiziției;

- în subsidiar, în eventualitatea respingerii capetelor de cerere de mai sus, se solicită anularea procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la suportarea tuturor cheltuielilor efectuate de societate în vederea depunerii și susținerii prezentei contestații.

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

În conținutul contestației sale, critică declararea ofertei sale admisibilă, dar necâștigătoare, precum și declararea câștigătoare a oferta depuse de

Contestatoarea menționează că, în capitolul IV.4.2 - *Modul de prezentare al propunerii financiare*, din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a indicat expres cerința: „Oferta de preț reprezintă valoarea totală fără TVA pentru cantitatea solicitată x preț unitar, Operatorii economici vor încărca obligatoriu, până la data limită de depunere a ofertei, formularul de oferta - Formularul 5 și centralizatoarele propunerii financiare pentru fiecare lot ofertat, conform Formular 5.1”.

..... a completat formularul cu propunerea sa tehnică, care corespundea, în mare parte, cu cerințele din caietul de sarcini, însă, în mod nepermis, a depus o anexă la propunerea tehnică (intitulată „propunere tehnică extinsă”), prin intermediul căreia a adăugat cerințe și costuri suplimentare pentru autoritatea contractantă.

..... susține că, prin propunerea tehnică extinsă a, autoritatea contractantă ar urma să achite o serie de costuri suplimentare:

„CONDIȚII DE ÎNCHIRIERE AMBALAJE FURNIZOR

1. Dreptul de utilizare

Acest drept se extinde exclusiv asupra depozitării și a consumului gazelor achiziționate de la Furnizor, Achizitorul nu are dreptul de a preda și/sau subînchiria, nici măcar temporar bunurile Furnizorului unor terți. Încălcarea acestei dispoziții obligă Achizitorul la plata unei despăgubiri de 2.000 lei/buc., pentru fiecare bun înstrăinat.

2. Restituirea bunurilor închiriate

a) Achizitorul este obligat de a returna bunurile închiriate în termen de 90 zile de la expirarea contractului. În cazul nerestituirii bunurilor închiriate în termenul menționat anterior, furnizorul are dreptul să solicite o chirie de 4,50 lei/zi/butelie plus TVA, calculată de până la data restituirii, sau până la data facturării despăgubirii ca urmare a distrugerii/ anunțului Achizitorului privind pierderea acestora.

b) Furnizorul nu acceptă returnarea de către Achizitor a altor bunuri decât cele care au fost predate Achizitorului de către Furnizor. În cazul în care predarea buteliilor se efectuează pe baza codurilor de bare, returul acestora se operează în contul Achizitorului căruia i-au fost predate, indiferent de calitatea celui care le aduce.

c) Pentru bunurile închiriate de către Furnizor achizitorului și care nu mai pot fi returnate, Achizitorul se obligă să despăgubească Furnizorul cu suma de 2.000 lei/butelie.

3. Norme de protecție și siguranță

a) Achizitorul preia asupra sa și răspunde în totalitate de riscurile privind bunurile închiriate de la preluarea acestora și până la restituirea către Furnizor. La utilizarea buteliilor, Achizitorul este obligat să

respecte: Normele ISCIR "Prescripții tehnice C3 -2003 și C5-2003", Normele de securitate și protecție a muncii. În cazul unor incidente la utilizarea gazelor comprimate achiziționate de la Furnizor, Achizitorul este obligat să informeze imediat Furnizorul și să respecte instrucțiunile primite.

4. Reparații la bunurile închiriate

a) Reparațiile cauzate de uzura provenită în urma folosirii bunurilor conform normelor legale cad în sarcina Furnizorului.

b) Achizitorului îi este interzisă efectuarea de reparații, verificări, vopsiri, inscripționări la bunurile închiriate, în caz contrar va suporta costurile pentru readucerea bunurilor la standardele Furnizorului.

Reparațiile cauzate de o utilizare în neconcordanță cu prevederile legale precum și costurile pentru înlăturarea pagubelor produse vor fi suportate de Achizitor, la tarifele menționate în SEAP (la care se adaugă TVA) la data facturării."

Costurile de mai sus nu se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă nu și-a asumat modificarea/completarea documentației de atribuire cu astfel de clauze.

Mai mult decât atât, situația eventualelor costuri suplimentare a format obiectul solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă respingând ferm acest lucru.

După cum este lesne de observat, deși autoritatea contractantă a refuzat, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, să suporte un cost reprezentând „Contravaloare butelie distrusă/pierdută/însușită 350 EUR/bucată", a fost de acord, prin declararea ofertei câștigătoare, cu anexa la oferta tehnică, care indică un cost de aproximativ 400 EUR (2000 lei) pentru o butelie care nu mai poate fi returnată, din orice motiv (deci inclusiv din motive ce exclud culpa autorității contractante).

Este evident prejudiciul adus autorității contractante, pe care acesta și l-a asumat.

Clauzele de mai sus, inserate de, sunt, în mod evident, în dezavantajul autorității contractante, care urmează să achite tarife suplimentare, fapt ce ar duce în realitate la modificarea indicilor care au stat la baza calculării valorii estimate a achiziției.

Această taxare suplimentară în mod cert va duce la eludarea valorii totale estimate a procedurii de atribuire, în sensul facturării suplimentare a acestor servicii în detrimentul autorității contractante.

Comisia de evaluare ar fi trebuit să respingă această ofertă ca neconformă, prin aplicarea prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (3) lit. b) și d) din HG nr. 395/2016.

În susținerea celor afirmate anterior, contestatoarea citează din jurisprudența CJEU și din cea a Consiliului.

Contestatoarea critică faptul că propunerea tehnică a nu respectă caietul de sarcini.

Astfel, deși cerința autorității contractante a fost ca să i se furnizeze anumite documente în limba română, nu și-a asumat această obligație (nici în propunerea tehnică extinsă).

Cu toate că autoritatea contractantă a insistat în existența unei evidențe precise a buteliilor, a prezentat mențiuni formale în propunerea sa tehnică, ce nu corespund în concret și complet solicitărilor autorității contractante (în sensul că, spre exemplu, nu este asumată obligația indicării și documente a caracteristicilor tehnice, seriile și numărul de bucăți pentru fiecare produs, nu este asumată verificarea buteliilor, pentru că seriile individuale ale acestora să corespundă cu eticheta produselor).

În plus, nu și-a asumat prin propunerea sa tehnică alte obligații prevăzute în caietul de sarcini: de a respecta legislația relevantă în vigoare (cap. 7 al caietului de sarcini), de a desemna o persoană responsabilă cu gestionarea contractului (cap. 8 al caietului de sarcini).

Neasumarea unei cerințe exprese a caietului de sarcini denotă faptul că oferta este neconformă, aspect ce trebuia să atragă respingerea ofertei, ca neconformă, prin aplicarea prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea susține că prețul ofertat de este unul neobișnuit de scăzut.

Valoarea maximă estimată a achiziției, pentru lotul 1, a fost stabilită la suma de lei, iar oferta a fost declarată câștigătoare, pentru valoarea de lei. Rezultă că oferta este de 41% din valoarea estimată a achiziției, preț care nu ar putea fi ofertat prin raportare la cel al pieței.

Față de prevederile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări referitoare la preț.

..... menționează că nu are acces la eventuala justificare de preț transmisă autorității contractante, astfel încât își rezervă dreptul de a completa contestația cu argumente în legătură cu acest subiect.

Din experiența anterioară a societății, există posibilitatea ca prețul ofertat de să nu includă taxa clawback (contribuția trimestrială pentru medicamente de tip II), obligatorie în cazul furnizării oxigenului medicinal și anume: plata a 15% din valoarea totală facturată pentru acest medicament, fără TVA.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr., a solicitat respingerea ca nefondată a contestației înaintate de

Autoritatea contractantă formulează apărări cu privire la criticile contestatoarei și arată considerentele privind respingerea contestației ca nefondată.

Cu privire la introducerea de către ofertantul a unor taxe suplimentare în cadrul propunerii tehnice, ce nu au fost acceptate și

însușite de autoritatea contractantă, evidențiază că documentația de atribuire, cuprinde, printre altele, drafturile de acord-cadru și contract subsecvent de furnizare, ce cuprind dispoziții clare și relativ la care niciun ofertant nu poate deroga, acesta reprezentând legea părților.

Draftul acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare este unul fix și nu poate fi completat cu informații dintr-o propunere tehnică și nici cu taxe suplimentare indicate de un ofertant printr-un document sau altul.

Practic, prin participarea la o licitație publică, orice ofertant interesat, este conștient de conținutul contractului care va produce efecte între părțile semnatare, fără ca acesta să poate fi modificat în absența voinței concordante a părților și în acord cu prevederile în materie.

Chiar autoritatea contractantă, prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr., a precizat, în mod expres, faptul că nu se vor modifica articole de natură să sporească prețul ori răspunderea unității medicale într-un caz sau altul.

Opune totodată, cu titlu de putere de lucru judecat, Decizia definitivă nr. ... a Curții de Apel Constanța pronunțată în dosarul nr., părți litigante-reclamanta și pârât-.....

Prin acțiunea în cauză, prin raportare la două contracte cu conținut diferit și prin raportare la premisa că oferta tehnică este parte integrantă a acestora, a pretins contravaloarea chiriei aferentă unor butelii nerestituite la expirarea duratei contractuale.

Pentru o butelie, raportat la clauzele contractuale prevăzute în acest sens, acțiunea sa a fost apreciată ca întemeiată, însă pentru 9 butelii nerestituite pentru care prevederile celui alt contract nu conțineau prevederi de natură a cuantifica chiria datorată în caz de nerestituire, instanța a indicat expres faptul că nu se poate da eficiență prevederilor din cuprinsul propunerii tehnice, chiar dacă aceasta ar cuprinde informații cu privire la taxe datorate în caz de nerestituire.

Cu alte cuvinte, cât timp nu există prevederi contractuale în sensul unor taxe suplimentare, nu se poate aprecia nici că o propunere tehnică ar completa clauzele contractuale asumate expres prin semnătură de părțile contractante, ci vor fi respectate exclusiv prevederile contractuale ce vor fi asumate prin ștampilă și semnătură.

Împrejurarea că dispozițiile art. 10 din acordul-cadru de furnizare, intitulat documentele acordului-cadru fac trimitere și la propunerea tehnică a ofertantului câștigător, acest lucru nu echivalează cu asumarea expresă prin acordul-cadru a dispozițiilor din acea propunere tehnică.

Propunerea tehnică face parte din ceea ce reprezintă negocierile precontractuale, în accepțiunea dispozițiilor art. 1182-1185 Cod Civil.

În măsura în care autoritatea contractantă și-ar fi asumat o atare clauză de obligare a plății unor taxe suplimentare, s-ar fi situat în sfera unei clauze neuzuale, care, pentru a putea produce efecte juridice, ar

trebui asumată de către autoritatea contractantă, în scris, sub semnătură, prin acordul-cadru de furnizare, aspect nematerializat, conținutul său nefăcând trimitere la nicio astfel de taxă suplimentară. Facem trimitere în acest sens la dispozițiile art. 1203 Cod Civil.

Cum autoritatea contractantă nu își va asuma, în mod expres, în scris, prin acordul-cadru de furnizare, obligația de a plăti chirie ulterioară expirării termenului contractual sau alte taxe suplimentare, rezultă că trimiterea la acestea realizată de ofertantul nu produce niciun efect juridic.

Cu privire la nerespectarea de către ofertantul a cerințelor din documentația de atribuire la care face trimitere contestatoarea, autoritatea contractantă arată că, în cuprinsul Formularului 4-Propunere tehnică, pag. 2, ofertantul indică următoarele: *„Produsele vor fi însoțite la destinație de următoarele documente: aviz de însoțire a mărfii, buletin de analiză, fișa tehnică de securitate, factură fiscală, instrucțiuni cu privire la modul de utilizare a recipientelor sub presiune”*.

Toate înscrisurile anexate propunerii tehnice sunt redactate în limba română și cu siguranță instrucțiunile cu privire la modul de utilizare a recipientelor sub presiune vor fi redactate tot în limba română, ofertantul asumându-și expres cerința din documentația de atribuire.

Rezultă astfel că este îndeplinită cerința din documentația de atribuire cu următorul conținut: *„Recipientele sub presiune umplute cu gaz trebuie însoțite obligatoriu de Aviz de însoțire a mărfii, Factura fiscală în original, Buletin de analiză și Fișa tehnică de Securitate precum și de Instrucțiuni cu privire la modul de utilizare a recipientelor sub presiune, documente care trebuie să fie traduse în limba română”*.

În cuprinsul Formularului 4-Propunere tehnică, pag. 3-4, ofertantul indică următoarele: *„...Vor fi evidențiate, în PV semnat de ambele părți seriile buteliilor goale preluate precum și a celor pline aduse ... Ne asumăm responsabilitatea evidențierii seriilor individuale a buteliilor pline în PV de predare-primire”*.

Ulterior, prin adresa de clarificări nr., autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 5 solicită: *„(...) în propunerea tehnică precizează: Ne asumăm responsabilitatea evidențierii seriilor individuale a buteliilor pline în PV de predare-primire. Nu s-au regăsit informații cu privire la asumarea cerinței din caietul de sarcini referitoare la evidențierea în Lista scrisă/Proces-verbal de predare-primire a seriilor individuale a buteliilor goale preluate”*.

Prin răspunsul la clarificarea nr. 5, înregistrat sub nr., a detaliat:

„Buteliile se livrează pe bază de cod de bare (asociat seriilor individuale ale buteliilor), în documentele de livrare regăsindu-se codurile de bare pentru fiecare butelie plină care se livrează, documentele de livrare fiind întocmite de personalul dedicat de la depozitul nostru autorizat din București, desigur cu acces la sistemul

nostru de gestiune a buteliilor, preluându-se în mod automat toate datele buteliilor care se livrează. Desigur, ne asumăm și cerința referitoare la evidențierea individuală a buteliilor goale preluate de la dumneavoastră și vă vom prezenta situația buteliilor goale preluate după efectuarea recepției lor la depozitul nostru din București, unde vor fi scanate și vor fi identificate datele asociate fiecărui cod de bare".

Prin modul de completare a ofertei tehnice și având în vedere completările inserate în răspunsul la clarificări este îndeplinită cerința din documentația de atribuire cu următorul conținut: „contractantul va evidenția în Lista scrisă, seria individuală a buteliilor goale preluate, precum și a celor pline aduse, urmărind ca aceasta să corespundă cu eticheta produselor furnizate, astfel încât să prevină orice neclaritate, daună sau deteriorare în timpul transportului acestora de la și către destinația stabilită:".

Ofertantul a depus declarația privind respectarea legislației privind condițiile de mediu, social și cu privire la relațiile de muncă, declarând că la elaborarea ofertei a ținut cont de toate obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă pentru activitățile ce se vor desfășura pe parcursul îndeplinirii contractului.

În ceea ce privește indicarea unei persoane responsabile de contract, prevederile art. 8.8 din acordul-cadru de furnizare indică scadența unei atare obligații după cum urmează: „Contractantul are obligația de a desemna, în termen de 5 (cinci) zile de la semnarea contractului, persoana de contact".

În ceea ce privește critica cu privire la prețul neobișnuit de scăzut oferat de, urmează a se avea în vedere faptul că autoritatea contractantă a acționat în sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care reglementează obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respective ofertă.

Este emisă, în acest sens, solicitarea nr., referitoare la justificarea prețului oferat de

Drept răspuns, ofertantul a înaintat documentul intitulat „Justificare mod de formare a prețului Lot 1", în cuprinsul căruia se indică următoarele:

- prețurile estimate prin documentația de atribuire au fost fundamentate pe prețurile și estimările de preț primite în perioada în care costurile cu utilitățile (energie, combustibil, gaze naturale etc.) erau la nivel destul de ridicat, iar, în mediul economic, nu exista nicio predictibilitate privind evoluția acestora. Prețurile societății susțin costurile ofertei, astfel încât asigură îndeplinirea contractului la parametri calitativi și cantitativi solicitați, și au fost posibile datorită scăderii continue a costurilor cu utilitățile menționate mai sus.

- oferta este întemeiată pe respectarea reglementărilor obligatorii în domeniul mediului, sociale și al relațiilor de muncă în sensul dispozițiilor art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016;

- dat fiind stadiul actual al economiei de piață, precum și preocupările operatorilor economici referitoare la controlul/optimizarea costurilor, oferta reflectă efortul real al societății de a depune o ofertă cât mai competitivă;

- oferta se bazează pe fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție, precum și pe soluțiile tehnice adoptate și/sau orice alte condiții favorabile de care beneficiază pentru furnizarea produselor.

Fabricile sunt unități de producție „state of the art” din punct de vedere tehnologic, cu un consum redus de energie electrică și cu un necesar de personal minim (proces de producție automatizată), aspecte ce permit obținerea produselor oferite la un preț competitiv.

- este indicată Structura de preț, din care fac parte:

a. cheltuielile directe: cheltuieli producție, taxa clawback, cheltuieli de personal, cheltuieli mentenanță, reparații utilaje, diverse, cheltuieli transport, chirii butelii;

b. cheltuielile indirecte: cheltuieli cu amortizarea, taxe legale, cheltuieli sociale, asigurări, diverse: audit, pază, pompieri, certificări etc;

c. marja comercială/rata marjei comerciale.

Autoritatea contractantă concluzionează că prețul ofertat de este justificat, structurat și detaliat și cuprinde inclusiv taxa clawback la care face trimitere contestatoarea, cât și marja comercială specifică operatorilor economici orientați spre profit.

Prin Concluziile scrise din data de ..., înregistrate la Consiliu cu nr. .., contestatoarea a răspuns punctului de vedere, transmis de autoritatea contractantă, precizând, în esență, următoarele:

- puterea de lucru judecat, privind decizia civilă nr., nu poate fi reținută deoarece aceasta se referă la materia executării contractelor, materie reglementată de legea civilă, în timp ce modalitatea de atribuire a contractelor de achiziție publică este guvernată de legislația din materia achizițiilor publice, lege de ordine publică și care derogă de la dreptul comun;

- teoria, privind faptul că propunerea tehnică face parte din ceea ce reprezintă negocierile precontractuale în accepțiunea codului civil, nu poate fi reținută, deoarece, această interpretare încalcă în mod vădit prevederile aplicabile ofertei și modalității de atribuire a contractelor de achiziție publică, dar și principiile generale în materie;

- a completat Formularul cu propunerea sa tehnică, care corespundea, în mare parte, cu cerințele din caietul de sarcini, însă, în mod nepermis, a depus o anexă la propunerea tehnică (intitulată „propunere tehnică extinsă”), prin intermediul căreia a adăugat cerințe și costuri suplimentare pentru autoritatea contractantă; costurile

suplimentare nu se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă nu și-a asumat modificarea/ completarea documentației de atribuire cu astfel de clauze; mai mult decât atât, situația eventualelor costuri suplimentare a format obiectul solicitărilor de clarificări, autoritatea contractantă respingând ferm acest lucru;

- cu privire la evidențierea scrisă a seriilor individuale aferente buteliilor goale preluate de la autoritatea contractantă, contestatoarea menționează că obligația a fost asumată prin Răspunsul la clarificarea nr. din data de ..., ceea ce reprezintă o completare a obligației asumate inițial de în cadrul ofertei - care menționează expres că își asumă responsabilitatea evidentelor seriilor individuale a buteliilor pline;

- în afara neconformităților de mai sus, oferta prezintă și alte obligații neasumate, respectiv:

- (1) a prezentat mențiuni formale în propunerea sa tehnică, ce nu corespund în concret și complet solicitărilor autorității contractante (de exemplu, nu este asumată obligația indicării și documente a caracteristicilor tehnice, seriile și numărul de bucăți pentru fiecare produs, nu este asumată verificarea buteliilor, pentru ca seriile individuale ale acestora să corespundă cu eticheta produselor); în plus, nu și-a asumat prin propunerea sa tehnică alte obligații prevăzute în Caietul de sarcini, de a respecta legislația relevantă în vigoare (cap. 7 al Caietului de sarcini), de a desemna o persoană responsabilă cu gestionarea contractului (cap. 8 al Caietului de sarcini).

- (2) oferta a fost declarată câștigătoare a procedurii în condițiile în care reprezintă doar 41 % din valoarea estimată a procedurii, fără să rezulte foarte clar dacă au fost solicitate justificări de preț, respectiv dacă au fost depuse documente justificative în acest sens: cifre, procente care să detalieze formarea ofertei de preț.

Consiliul constată că a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, în cuantum de lei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „.....” - 4 Loturi, prin publicarea anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat fiind „prețul cel mai scăzut”. Valoarea totală estimată a acordului-cadru ce urmează a fi încheiat este de lei, fără TVA.

Nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire, critică modul de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, depusă de

Privitor la excepția autorității de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul o va respinge, ca nefondată, întrucât litigiul soluționat prin Decizia nr. ... a Curții de Apel Constanța, în dosarul nr., privește etapa de executare a contractului, nu etapa de atribuire a contractului. Faptul că părțile din dosarul nr. au fost aceleași,

respectiv și, ca și în cauza supusă dezbaterii în fașa CNSC, iar criticile din acel dosar se referă tot la costuri aferente buteliilor de oxigen, nu înseamnă că sunt îndeplinite condițiile de triplă identitate cu privire la părțile, obiectul și cauza a două dosare, cum reiese din dispozițiile art. 431 alin. (1) din Cod.proc.civ: „Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect”.

Trecând la analiza pe fond a contestației, Consiliul reține că una dintre critici privește nerespectarea de către a prevederilor documentației de atribuire, respectiv a tipurilor de cheltuieli ce trebuie incluse în ofertă. Această critică este în legătură cu răspunsul consolidat nr., publicat în SEAP în, prin care autoritatea contractantă a clarificat următoarele aspecte:

Întrebarea 6. **Solicitam reformularea articolului 26.4 din Contractul Subsecvent astfel:** "26.4. Toate materialele de ambalare a produselor, precum și toate materialele necesare protecției coletelor (paleți de lemn, foi de protecție, etc) rămân în proprietatea achizitorului cu excepția echipamentelor/ambalajelor proprietatea furnizorului. După golirea buteliilor/recipienților, proprietatea Furnizorului, Achizitorul le va returna în aceeași stare în care le-a primit, fără urme de lovituri, deformații, dotate cu robineti și capace de protecție, inscripționate, în cazul în care, la returnarea buteliilor, se constată că au intervenit pe perioada închirierii deteriorări ale acestora (deformări, lovituri, lipsă robinet, lipsă capac, etc.), se întocmește un proces verbal de constatare, **Achizitorul obligându-se să suporte cheltuielile ocazionate de repararea daunelor în caz de distrugere, furt sau pierdere a buteliilor sau a oricăror recipienți proprietatea Furnizorului, Achizitorul va suporta contravaloarea acestora:**

Contravaloare chingă palet		EUR/bucată
Contravaloare clichet palet		EUR/bucată
Contravaloare butelie distrusă/pierdută/însușită		350 EUR/bucată
Contravaloare palet distrus/pierdut/însușit		EUR/bucată
Contravaloare robineti distruși/pierduți/însușită		EUR/bucată
Contravaloare capac distrus/pierdut/însușit		EUR/bucată
Contravaloare vopsire butelie deteriorată		EUR/bucată
Contravaloare daune interese		EUR/bucată

Răspuns 6. Articolul 26.4 din Contractul Subsecvent nu se modifica.

Prin fișa de date a achiziției (IV.4.2), autoritatea contractantă a informat operatorii economici asupra modului de prezentare a propunerii financiare:

„Propunerea financiară se depune în format electronic, în SEAP, pentru fiecare lot ofertat și va fi criptată.

Oferta de preț reprezintă valoarea totală fără TVA pentru cantitatea solicitată x preț unitar.

*Operatorii economici vor încărca obligatoriu, până la data limită de depunere a ofertei, **formularul de ofertă - Formularul 5 și centralizatoarele propunerii financiare pentru fiecare lot ofertat, conform Formular 5.1 (...).***

Formularul 5.1 are următorul conținut:

CENTRALIZATOR DE PREȚURI

Lot nr. 1 - Oxigen medicinal la tub

Nr. crt.	Denumire	UM	Cantitate	Preț unitar lei fără TVA	Valoare totală fără TVA -lei-	Valoare totală cu TVA -lei-
1	O ₂ -Tuburi cu robinet RPV (10.7 m ³ /50 litri), Puritate: min. 99,5%, conform PH. EUR	buc				
2	O ₂ - Tuburi cu robinet RPV (2,1 m ³ /10 litri) - încarcate la 200 bar, Puritate: min. 99,5%, conform PH. EUR	buc				
3	O ₂ - Tuburi cu robinet RPV (1.1 m ³ /5 litri) - încarcate la 200 bar, Puritate: min. 99,5%, conform PH. EUR	buc				
4	O ₂ - Tuburi oxigen, 0,4 m ³ mc pt. Incubatoare - încărcate la 200 bar	buc				
5	Închiriere butelii - O ₂	Taxa/zi / butelie				
6	Livrare butelii (transport)	cursa dus-întors				

Conform documentației de atribuire, ofertanții aveau obligația includerii în propunerea financiară a costurilor aferente oxigenului, a celor de închiriere și livrare a buteliilor în care va fi furnizat oxigenul medicinal, nefiind permise alte cheltuieli de tipul celor solicitate prin întrebarea nr. 6 din răspunsul consolidat, din

De asemenea, în strategia de contractare, autoritatea contractantă a stabilit valoarea estimată a acordului-cadru, cu luarea în calcul a costurilor pentru oxigen, închiriere și livrare butelii.

Prin răspunsul din, achizitorul a răspuns că nu acceptă alte costuri, nefiind permisă modificarea clauzei 26.4 din contractul subsecvent.

Deși achizitorul a arătat costurile ce trebuie să fie incluse în ofertă, Consiliul constată că a stabilit prin propunerea tehnică (pag. 261-

263) o serie de costuri suplimentare, în sarcina achizitorului, la secțiunea: „*Condiții de închiriere ambalaje furnizor*”:

Dreptul de utilizare

Acest drept se extinde exclusiv asupra, depozitarii și a consumului gazelor achiziționate de la Furnizor, Achizitorul nu are dreptul de a preda și/sau subînchiria, nici măcar temporar, bunurile Furnizorului unor terți. Încălcarea acestei dispoziții obliga **Achizitorul la plata, unei despăgubiri de lei/buc., pentru fiecare bun înstrăinat.**

2. Restituirea bunurilor închiriate

a) Achizitorul este obligat de a returna bunurile închiriate în termen de 90 zile de la expirarea contractului. **In cazul nerestituirii bunurilor închiriate în termenul menționat anterior, furnizorul are dreptul să solicite o chirie de lei/zi/butelie plus TVA,** calculată de până la data restituirii, sau până la data facturării despăgubirii ca urmare a distrugerii/anunțului Achizitorului privind pierderea acestora.

b) Furnizorul nu accepta returnarea de către Achizitor a altor bunuri decât cele care au fost predate Achizitorului de către Furnizor, în cazul în care predarea buteliilor se efectuează pe baza codurilor de bare, returul acestora se operează în contul Achizitorului căruia i-au fost predate, indiferent de calitatea celui care le aduce.

c) Pentru bunurile închiriate de către Furnizor Achizitorului și care nu mai pot fi returnate, **Achizitorul se obliga să despăgubească Furnizorul cu suma de ... lei/butelie.**

3. Norme de proiecție și siguranță

a) Achizitorul preia asupra sa și răspunde în totalitate de riscurile privind bunurile închiriate de la preluarea acestora și până la restituirea către Furnizor. La utilizarea buteliilor, Achizitorul este obligat să respecte; Normele ISCIR "Prescripții Tehnice C3 - 2003 și C5- 2003", Normele de securitate și proiecție a muncii în cazul unor incidente la utilizarea gazelor comprimate achiziționate de la Furnizor. Achizitorul este obligat să informeze imediat Furnizorul și să respecte instrucțiunile primite.

4. Reparații la bunurile închiriate

a) Reparațiile cauzate de uzura provenită în urma folosirii bunurilor conform normelor legale cad în sarcina Furnizorului.

În fapt, prin modul de întocmire a ofertei, a adăugat condiții contractuale/cerințe noi, care vor genera costuri care nu au fost luate în considerare în stabilirea valorii estimate/ofertate, ceea ce demonstrează nerespectarea cerințelor documentației de atribuire. Activitățile pe care ofertantul câștigător le-a inclus în propunerea tehnică dovedesc că acesta nu a respectat cerințele caietului de sarcini, fiind aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Dacă ar fi considerat că dispozițiile caietului de sarcini îl prejudiciază, ar fi trebuit să le conteste cel târziu până la data de ..., conform art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că în a fost publicat răspunsul consolidat.

Consiliul apreciază că, prin declararea câștigătoare a ofertei, comisia de evaluare a încălcat principiul tratamentului egal și principiul transparenței, întrucât a ignorat prevederile propriei documentației de atribuire, implicit și a răspunsului publicat la data de

Conform art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, evaluarea propunerilor tehnice se realizează prin raportare la prevederile caietului

de sarcini, nu la informații care nu au fost aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

Consiliul nu poate valida punctul de vedere al achizitorului, prin care acesta susține că *„Propunerea tehnică face parte din ceea ce reprezintă negocierile precontractuale, în accepțiunea disp. art. 1182-1185 Cod Civil”*, deoarece prezenta procedură de atribuire este o licitație deschisă, conform Legii nr. 98/2016, nu o procedură de negociere, nefiind aplicabile regulile de negociere a contractului din Codul civil.

Punctul de vedere al achizitorului, referitor la faptul că nu și-a asumat clauzele reclamate, este în contradicție cu decizia autorității contractante de a declara admisibilă oferta În fapt, prin declararea conformă a propunerii tehnice depuse de acest ofertant, unitatea medicală apreciază că se respectă cerințele din documentația de atribuire, iar derularea contractului se va realiza în baza propunerii tehnice respective.

Or, este inadmisibil, în procesul de evaluare a ofertelor să se declare conformă o ofertă, iar în punctul de vedere să se declare că, în execuția contractului, nu vor fi luate în considerare clauzele în discuție. Susținerile achizitorului din punctul de vedere relevă că, de fapt, oferta este neconformă. În consecință, revine comisiei de evaluare să reanalizeze această ofertă și să o respingă, în temeiul art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Consiliul reține că, similar, aspectul analizat a fost judecat de CNSC și în spețele invocate de contestator.

Relativ la critica privind prețul neobișnuit de scăzut ofertat de, Consiliul reține că propunerea financiară a acestuia reprezintă 41,34% din valoarea estimată. În justificarea prețului, comisia de evaluare i-a cerut clarificări acestuia (în 16.06.2023), astfel:

„Vă solicităm clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut propus în ofertă pentru fiecare reper aferent lotului nr. 1 Oxigen medicinal la tub, respectiv:

în conformitate cu art. 136, alin. 2) din Lege 98/2016 explicațiile vor fi însoțite de dovezi concludente privind:

- ***fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție și serviciile furnizate;***
- ***soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;***
- ***originalitatea produselor sau serviciilor propuse de ofertant;***
- ***respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016;***
- ***respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218 din legea 98/2016;***
- ***posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat;***

precum și, după caz, **documente** privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru.

Clarificările se solicită în conformitate cu art. 136 alin. 4) din HG 395/2016: "(4) în sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv."

..... a răspuns, în, solicitării comisiei de evaluare.

În procesul-verbal nr., referitor la lotul 1, comisia de evaluare a consemnat următoarele:

Prin răspunsul nr., semnat cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, ofertantul face următoarele precizări:

„Prețurile estimate de dumneavoastră în documentația de atribuire pentru produsele care fac obiectul lotului 1 Oxigen medicinal în cele 4 tipuri de butelii, închiriere butelii și Transport, au fost fundamentate pe prețurile și estimările de preț pe care în perioada în care costurile cu utilitățile (energie, combustibil, gaze) erau la un nivel destul de ridicat, iar în mediul economic nu exista nici o predictibilitate privind evoluția acestora.

Preturile oferite de societatea noastră susțin costurile ofertei, astfel încât asigură îndeplinirea contractului la parametri calitativi și cantitativi solicitați, și au fost posibile și datorită scăderii continue a costurilor cu utilitățile menționate mai sus.

Oferta noastră este întemeiată pe respectarea reglementărilor obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă în sensul dispozițiilor art. 51 alin (1) din legea 98/2016.

Având în vedere stadiul actual al economiei de piață, precum și preocupările operatorilor economici referitoare la controlul/optimizarea costurilor, oferta depusă în cadrul procedurii de atribuire reflectă de fapt efortul real al de a depune o ofertă cât mai competitivă.

Oferta se bazează pe fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție, precum și pe soluțiile tehnice adoptate și/sau orice alte condiții favorabile de care beneficiem pentru furnizarea acestor produse. Fabricile Gaz SRL sunt unități de producție state of the art, din punct de vedere tehnologic, cu un consum redus de energie electrică și cu un necesar de personal minim (proces de producție automatizată), aspecte ce ne permit obținerea produselor oferite la un preț competitiv."

A fost anexată structura prețului ofertat.

A. CHELTUIELI DIRECTE, în care se regăsesc:

Cheltuieli producție

Taxa clawback

Cheltuieli de personal

Cheltuieli mentenanță, reparații utilaje, diverse

Cheltuieli transport, chirii butelii

B. CHELTUIELI INDIRECTE, în care se regăsesc:

Cheltuieli cu amortizarea

Taxe legale

Cheltuieli sociale Asigurări

Diverse: audit, paza, pompieri, certificări, etc.

C. MARJA COMERCIALA/RATA MARJEI/COMERCIALE

Comisia de evaluare constata faptul ca, prin răspunsul transmis, **ofertantul își asuma îndeplinirea contractului la parametrii calitativi si cantitativi solicitați, la prețurile comunicate in propunerea financiara.**

Analizând răspunsul ofertantului în cauză, privind justificarea de preț, Consiliul observă că acesta nu este însoțit de niciun document în susținere iar fundamentarea prețului cuprinde valori doar în dreptul categoriilor generice de cheltuieli, respectiv:

A. CHELTUIELI DIRECTE;

B. CHELTUIELI INDIRECTE;

C. MARJA COMERCIALA/RATA MARJEI/COMERCIALE,

fără a fi incluse valori la elementele componente ale acestora, lipsind așadar și valoarea taxei clawback.

Menționarea în răspuns a celor 3 categorii generice de cheltuieli nu poate constitui o fundamentare economică a modului de formare a prețului, așa cum i s-a solicitat ofertantului.

De altfel, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul **„își asumă îndeplinirea contractului la parametrii calitativi și cantitativi solicitați, la prețurile comunicate în propunerea financiară”**.

Or, în lipsa documentelor și informațiilor care să clarifice posibilitatea ofertantului de a îndeplini contractul la valorile ofertate și nefiind fundamentat prețul propus, Consiliul constată că răspunsul transmis de ar fi trebuit declarat neconcludent, iar oferta respinsă, ca neconformă, în baza art. 134 alin. (3) din HG nr. 395/2016: *„În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”*.

Cererea de anulare a procedurii va fi respinsă, ca nefondată, de către Consiliu, având în vedere că, din analiza efectuată, nu rezultă motive de anulare.

Cât privește cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate de societate în vederea depunerii și susținerii prezentei contestații va fi respinsă, ca nedovedită, la dosarul cauzei nefiind depuse dovezi în susținere.

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și va anula Raportul procedurii și actele subsecvente lui. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta, în sensul respingerii ei, conform motivării de mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția autorității de lucru judecat, invocată de

Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii și actele subsecvente lui, în partea ce privește oferta Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta, în sensul respingerii ei, conform motivării de mai sus.

Respinge, ca nefondate, cererile contestatorului privind anularea procedurii și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în vederea depunerii și susținerii contestației.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE

,
.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....