

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. 1616/C1/1528

Data: 12.07.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29922/06.06.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, str., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional de, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5485/24.05.2023 aferentă lotului 1, emisă de către autoritatea contractantă cu sediul în, str., județul, în cadrul procedurii licitație deschisă online, organizată în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Achiziționare oxigen medicinal comprimat”, s-a solicitat:

- constatarea ca nelegală și netemeinică a respingerii ofertei aferentă Lotului 1 depusă de și respectiv de anulare a comunicărilor, a raportului procedurii nr. 5477/24.05.2023, precum și anularea tuturor actelor anterioare/concomitente și/sau subsecvente precum și a celor conexe comunicărilor, emise de autoritatea contractantă în procedura de atribuire;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în sensul reevaluării ofertelor tehnice și financiare ale celor doi operatori economici participanți, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor invocate în cele ce urmează, și desemnarea ofertantului câștigător în conformitate cu dispozițiile legale și conform cerințelor 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, solicită anularea procedurii de atribuire;

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

Prin adresa nr. 215/19.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 32929/19.06.2023, SC SRL, cu sediul în,

Înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI reprezentată de administrator și convențional prin Asociații SPARL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, str., formulează cerere de intervenție, prin care solicită:

a. În principal:

- cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală formulată;

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC SRL și, pe cale de consecință, admiterea cererii de intervenție principală formulată;

b. în subsidiar:

- cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată;

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC SRL și, pe cale de consecință, admiterea cererii de intervenție accesorie formulată;

- obligarea contestatorului la plata tuturor cheltuielilor de judecată suportate în prezenta cauză.

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

În fapt, contestatorul precizează că în data de 21.03.2023, a depus o solicitare de clarificări cu privire la diferite aspecte ale documentației de atribuire, inclusiv cu privire la adăugarea art. 14.8. în Acordul Cadru, cu privire la suportarea de către autoritatea contractantă a contravalorii buteliilor în caz de distrugere, furt sau pierdere a acestora sau al oricărui echipament proprietatea viitorului furnizor. Prin Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3215/24.03.2023, autoritatea contractantă a comunicat faptul că: „Nu se acceptă adăugarea acestei cerințe deoarece prețurile pot diferi de la furnizor la altul”; în data de 24.05.2023, a fost informat cu privire la rezultatul Procedurii de atribuire, prin intermediul Comunicărilor contestate, prin care oferta SC SRL a fost declarată câștigătoare.

Contestatorul apreciază faptul că oferta SC SRL aferentă Lotului 1 ar fi trebuit descalificată din cauza caracterului inacceptabil și neconform, având în vedere următoarele critici:

- Includerea unei condiționări suplimentare sub forma despăgubirilor ce urmează a fi datorate de autoritatea contractantă în cazul nereturnării buteliilor de oxigen medicinal;

- Includerea a două noi obligații de plată din partea autorității contractante cu privire la chiria percepută în schimbul folosinței buteliilor, suplimentar față de chiria zilnică datorată de autoritatea contractantă, precum și introducerea unei obligații suplimentare de plată în sarcina autorității contractante în cazul nereturnării la termen a buteliilor, sub forma unui tarif de chirie cu 50% mai mare decât prețul de listă (prețul declarat în cadrul propunerii financiare);

- Nerespectarea termenului de livrare de maximum 24 de ore lucrătoare de la data transmiterii comenzii;

- Nerespectarea termenului de plată de 30 de zile de la facturare;

- Nerespectarea documentelor necesar a fi furnizate cu ocazia livrării buteliilor de oxigen medicinal la sediul autorității contractante;

- Introducerea a diverse condiționări suplimentare față de cerințele stabilite prin caietul de sarcini, precum și nerespectarea formei de elaborare a propunerii tehnice conf. IV.4.1. din fișa de date.

Cu privire la condiționări suplimentare sub forma despăgubirilor în cazul nereturnării buteliilor de oxigen medicinal, raportat la prevederile caietului de sarcini – pag. 4 și la oferta tehnică SC SRL – pag. 10, contestatorul arată că, la pag. 8 din oferta tehnică ofertantul menționează faptul că toate materialele de ambalare a produselor (butelii), precum și toate materialele de protecție a acestora (paleți din

lemn, foi de protecție etc.) rămân în proprietatea furnizorului, iar riscurile privitoare la pierderea, furtul sau deteriorarea acestora cât timp se află în deținerea achizitorului și până la data returnării către furnizor sunt suportate de către achizitor, subliniind că mențiunile de mai sus contravin în mod expres caietului de sarcini, prin intermediul căruia autoritatea contractantă a stipulat că nu se acceptă cheltuieli suplimentare în afara celor prevăzute de lege sau în tabelul cuprins în caietul de sarcini.

Față de cele mai sus menționate, contestatorul menționează că documentația de atribuire nu a fost contestată, aceasta devenind obligatorie atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă.

Totodată face trimitere la prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016, precizând că, clauzele inserate de SC SRL sunt, în mod evident, în contradicție cu prevederile caietului de sarcini, dar și stipulate în dezavantajul autorității contractante, care urmează să achite despăgubiri prestabilite la anumite valori (foarte ridicate), care nu țin cont de gradul de uzură al buteliei la data la care aceasta a fost livrată autorității contractante și nereturnată.

Susține, de asemenea, caracterul neconform al ofertei SRL din nerespectarea cerinței autorității contractante de a nu include în ofertă alte cheltuieli în afara celor menționate în cadrul tabelului de la pag. 3 din caietul de sarcini, prin:

- includerea a două noi obligații de plată din partea autorității contractante cu privire la chiria percepută în schimbul folosinței buteliilor, suplimentar față de chiria zilnică datorată de autoritatea contractantă (pag. 8 din propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător);
- introducerea unei obligații suplimentare de plată în sarcina autorității contractante în cazul nereturnării la termen a buteliilor, sub forma unui tarif de chirie cu 50% mai mare decât prețul de listă (pag. 10 din propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător).

Corelativ neconformității din secțiunea anterioară, arată că suplimentarea cerințelor caietului de sarcini reprezintă un motiv de respingere a ofertei ca neconformă potrivit prev. art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (3) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește nerespectarea termenului de livrare, raportat la prevederile caietului de sarcini – pag. 4, unde se specifică faptul că: „Termenul de livrare (la solicitarea achizitorului) - maxim 24 de ore de la data transmiterii fiecărei comenzi de către achizitor”, contestatorul arată că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3215/24.03.2023, clarificarea nr. 3, autoritatea contractantă a fost de acord cu stabilirea unui termen de livrare al comenzii de maximum 24 de ore lucrătoare.

Arată că, la pag. 7 din propunerea tehnică, ...SRL a specificat: „Buteliile de oxigen medicinal vor fi livrate din stoc în termen de 24 ore sau maxim 48 de ore de la emiterea comenzii, în zilele lucrătoare. În caz de urgență livrarea se poate face în aceeași zi”, astfel, consideră că acesta nu și-a asumat obligația livrării buteliilor de oxigen medicinal în termen de maximum 24 de ore lucrătoare conform cerinței caietului de sarcini, și într-un termen care poate varia între 24 și 48 de ore.

În ceea ce privește nerespectarea termenului de plată, contestatorul arată că la pag. 4 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat un termen de plată de 30 de zile de la facturare, însă SRL nu a ținut cont de această cerință întrucât a prevăzut la pag. 8 din propunerea tehnică: „Chiria se facturează în ultima zi lucrătoare a lunii curente în lei la cursul BNR din ziua facturării și se plătește în termen de 15 zile calendaristice de la data emiterii facturii”.

În ceea ce privește nerespectarea cerinței privind documentele care însoțesc marfa la livrare, raportat la prevederile caietului de sarcini și analizând mențiunile propunerii tehnice, contestatorul arată că din oferta tehnică rezultă faptul că la momentul livrării buteliilor de oxigen medicinal lichefiat, ...SRL nu și-a asumat obligația remiterii buletinului de analiză solicitat de autoritatea contractantă, neîndeplinind această cerință minimă din cuprinsul caietului de sarcini.

Diverse condiționări suplimentare față de cerințele documentației de atribuire.

În subsidiarul criticilor deja expuse anterior, contestatorul subliniază caracterul neconform al ofertei SRL din perspectiva multiplelor condiționări suplimentare, care încalcă prevederile caietului de sarcini regăsite în cadrul propunerii tehnice aparținând SRL:

- Comanda emisă de autoritatea contractantă trebuie să conțină un număr de butelii pline, pe diferite tipuri de capacități, egal cu numărul de butelii goale existente pe stoc la data emiterii acesteia, această condiționare neprevăzută în caietul de sarcini duce la concluzia că autoritatea contractantă nu poate decide, în funcție de necesarul de butelii în vederea satisfacerii interesului public urmărit, care este cantitatea de butelii de oxigen medicinal comprimat pe care o poate comanda.

- Dacă se vor ridica mai puține butelii goale decât numărul de butelii pline livrat în cadrul unei comenzi, acestea vor fi scăzute automat din următoarea livrare de butelii pline. Prin această prevedere, ...SRL pune în pericol continuitatea aprovizionării autorității contractante cu acest produs vital pacienților în funcție de numărul de butelii goale returnate de către autoritatea contractantă aferente comenzii anterioare.

- Înainte de expirarea acordului cadru sau lunar se vor face confirmări de solduri legate de numărul buteliilor, pentru fiecare tip de gaz și fiecare capacitate, aflate în incinta autorității contractante. Buteliile lipsă care nu mai pot fi returnate către SRL vor fi imputate până la încheierea Acordului Cadrului. Prin această mențiune, ...SRL stabilește o cale prin care încalcă obligația

principală a Acordului-Cadru, cea de furnizare a oxigenului medicinal comprimat la termenul și în cantitățile necesare autorității contractante în cazul în care anumite butelii nu mai pot fi returnate.

Analizând structura documentației de atribuire și a ofertei SRL, contestatorul concluzionează că, în mod inexplicabil, autoritatea contractantă este de acord să adere la oferta SRL, chiar dacă această ofertă pune mai multe condiții de furnizare a oxigenului medicinal decât cele admise prin documentația de atribuire.

SC SRL formulează cerere de intervenție prin adresa nr. 215/19.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 32929/19.06.2023, prin care solicită:

a. în principal:

- cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție principală formulată;
- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC SRL și, pe cale de consecință, admiterea cererii de intervenție principală formulată;

b. în subsidiar:

- cu titlu preliminar, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată;
- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de SC SRL și, pe cale de consecință, admiterea cererii de intervenție accesorie formulată;
- obligarea contestatorului la plata tuturor cheltuielilor de judecată suportate în prezenta cauză.

În preambul, intervenientul face un scurt istoric al procedurii.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție invocă dispozițiile art. 61 cpc, subliniind că este ofertant declarat câștigător, interesul fiind justificat și de sprijinirea apărărilor autorității contractante.

În ceea ce privește oferta sa, SC SRL precizează că aceasta este acceptabilă și conformă, formulând următoarele argumente, raportat la criticile contestatorului:

- astfel cum reiese din caietul de sarcini, pagina 3 - Cantități necesare, obiectul Lotului 1 îl constituie achiziția unor cantități de oxigen medicinal comprimat în butelii de 50 l, norme ADR și închirierea de butelii de 50 l în care va fi ambalat oxigenul medicinal comprimat;
- prin oferta tehnică depusă aceasta a oferat întocmai produsele obiect al procedurii, încadrându-se în mod corespunzător și conform în valoarea estimată a Lotului 1 și ofertând cel mai avantajos preț, fapt ce a condus în mod evident la declararea ofertei drept câștigătoare;
- reiterează faptul că singurul produs obiect al Lotului 1 asupra căruia urmare a încheierii Contractului operează transferul dreptului de proprietate de la furnizor la autoritatea contractantă este oxigenul medicinal comprimat;
- în schimb, în ceea ce privește dreptul de proprietate asupra buteliilor de 50 l în care oxigenul medicinal comprimat urmează a fi ambalat, acesta rămâne în continuare al furnizorului, în acest caz SC SRL, autoritatea contractantă acționând doar în calitate de chiriaș, dobândind deci, doar un drept de folosință;

- prin urmare, calificarea juridică a actului încheiat între părți, furnizor și autoritatea contractantă, cu privire la buteliile de 50 l, este aceea a contractului de închiriere.

În susținere, face trimitere la dispozițiile art. 1.796, art. 1.799, art. 1.821 alin. (1) și art. 1.822 din Codul Civil.

Raportat la prevederile legale mai sus menționate, precum și la natura juridică a raportului contractual dintre părți cu privire la buteliile de 50 l, intervenientul apreciază că este evident faptul că prin efectul legii autoritatea contractantă are obligația legală de a restitui în bună

stare de folosință buteliile puse la dispoziție de furnizor la încetarea raporturilor contractuale, în caz contrar răspunzând în mod corespunzător pentru prejudiciile cauzate.

Astfel întrucât aceste obligații se nasc prin efectul legii, intervenientul susține că enumerarea lor în cadrul ofertei nu echivalează și, în mod clar, nu reprezintă nici propuneri de modificare a documentației de atribuire și nici o „includere de condiționări suplimentare”, respectiv „noi obligații de plată”, ci au doar caracter informativ pentru autoritatea contractantă.

Consideră că aceste informări din cadrul ofertei tehnice depuse nu pot fi nicidecum interpretate ca reprezentând costuri suplimentare ce trebuie suportate de autoritatea contractantă, ce intră în prețul închirierii buteliilor, întrucât acestea nu privesc obligația principală a Spitalului de achitare a prețului închirierii buteliilor. În schimb, acestea privesc eventualele raporturi juridice ce s-ar naște între părți în situația nerespectării obligației autorității contractante de restituire / restituire în bună condiție către furnizor a bunurilor închiriate, deci răspunderea contractuală a părților.

Mai mult, raportat la prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 chiar dacă prin absurd s-ar considera că prevederile din oferta SC SRL la care face referire contestatarul, ar reprezenta în fapt modificări ale clauzelor contractuale, intervenientul precizează că sancțiunea declarării ofertei drept neconformă s-ar aplica doar dacă:

(a) respectivele propuneri ar fi în mod evident dezavantajoase pentru Spital - condiție neîndeplinită, având în vedere că respectivele prevederi (care sunt doar cu titlu informativ) oferă autorității contractante predictibilitate cu privire la potențiale consecințe ale nerespectării obligațiilor sale legale în raport de bunurile închiriate; și

(b) autoritatea contractantă ar fi informat SC SRL despre această situație, iar SC SRL ar fi refuzat să renunțe la clauzele respective - condiție neîndeplinită având în vedere că Spitalul nu a trimis nicio solicitare de clarificări / informare în acest sens.

În ceea ce privește termenul de livrare de 24 ore lucrătoare, intervenientul precizează că și-a asumat obligația de livrare a oxigenului medicinal în termenul stabilit de autoritatea contractantă, asumându-și și obligația de livrare în caz de urgență chiar în ziua comenzii.

În ceea ce privește termenul de plată de maxim 60 de zile de la emiterea facturii, intervenientul precizează că și-a asumat un termen de plată de maxim 60 de zile de la emiterea facturii, cu 30 de zile peste ce a solicitat autoritatea contractantă.

În ceea ce privește buletinul de analiză la livrarea produselor, intervenientul precizează că aceasta este îndeplinită prin deținerea Autorizației de fabricație nr. 28 F din data de 18.04.2022, Autorizației de

punere pe piață nr. 14798 /2022 / 01-62 j, Ghidul privind buna practică de fabricație pentru medicamentele de uz uman aprobat prin Hotărârea nr. 23/2015 a Consiliului Științific al ANMDM, obligatoriu pentru deținătorii de autorizații de fabricație, respectiv punere pe piață o serie de obligații stricte privind controlul calității produselor și a înregistrării datelor aferente.

Arată de asemenea că declarația de conformitate emisă de SC SRL pentru astfel de produse include și buletinul de analiză corespunzător, astfel că prin enumerarea declarației de

conformitate în cadrul documentelor ce urmează a fi remise autorității contractante odată cu livrarea, automat se pune la dispoziția acesteia și buletinul de analiză. În acest sens.

Prin adresa nr. 6063/12.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 31219/12.06.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă formulează următoarele apărări:

I. Referitor la pct. 1 alin. (5) din contestație - neintroducerea în acordul cadru a clauzelor solicitate de ofertant.

La solicitarea de clarificări din data de 21.03.2023, înregistrată sub nr. 3120/22.03.2023 s-a răspuns prin adresa/clarificările nr. 3215/24.03.2023.

Autoritatea contractantă consideră că nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic, care a formulat clarificări și/sau contestație.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității contractante, iar nu o obligație, astfel că, nu se poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor tehnice ori altor prevederi ale documentației, iar contestatoarea nu face dovada existenței unor încălcări legale.

II. Referitor la pct. II din contestație - condiționări suplimentare sub forma despăgubirilor în cazul nereturnării buteliilor de oxigen medicinal.

Având în vedere că buteliile sunt proprietatea furnizorului de oxigen medicinal, recipiente în care se stochează și transportă produsul - oxigen medicinal achiziționat, iar scopul autorității contractante nu este acela de a își însuși sau distruge proprietatea furnizorului, consideră că în baza unor documente justificative, dacă va fi cazul și va fi dovedită culpa sa, pot fi solicitate despăgubiri, nefiind vorba de condiționări sau cheltuieli suplimentare cum greșit interpretează contestatorul, ci de aplicarea principiului îmbogățirii fără just temei.

III. Referitor la pct. III din contestație - includerea unor costuri suplimentare la prețul chiriei declarat prin propunerea financiară.

Autoritatea contractantă consideră că perioada de 30 de zile până la care are posibilitatea de înapoiere a buteliilor și de a plăti chiria din ofertă, este o perioadă rezonabilă în care se poate încadra, având în vedere că scopul procedurii de atribuire inițiate este achiziția de oxigen medicinal comprimat, care presupune utilizarea acestuia conform nevoilor spitalului, previzionate în avans, nu este acela de acumulare, de depozitare a buteliilor, care presupune neglijența autorității contractante.

Nu consideră că ar fi vorba de costuri suplimentare, apreciind că acestea sunt simple presupuneri ale contestatorului, care nu au nici o fundamentare.

IV. Referitor la pct. IV din contestație - nerespectarea termenului de livrare

În privința termenului de livrare, s-au cerut clarificări ofertantului SC SRL, iar prin adresa nr. 5055/11.05.2023 este menționată clar respectarea de ofertant a termenului de 24 de ore de la comandă, în concordanță cu cerințele caietului de sarcini, care prevede

24 de ore lucrătoare, așadar ofertantul propune un termen mai scurt, după cum se poate vedea la pag. 291 și pag. 529 a dosarului achiziției publice.

V. Referitor la pct. V din contestație - nerespectarea termenului de plată.

Autoritatea contractantă precizează că termenul de plată cuprins în oferta SRL este de 60 de zile după cum se poate vedea la pag. 301 în dosarului achiziției publice, conform cu cerințele caietului de sarcini, care prevede 30 de zile termen de plată.

VI. Referitor la pct. VI din contestație - nerespectarea cerinței privind documentele care însoțesc marfa la livrare.

Având în vedere că certificatul de conformitate cuprinde date din buletinul de analiză, iar ofertantul își asumă livrarea de oxigen medicinal comprimat la standardele prevăzute în caietul de sarcini, comisia de evaluare a ofertelor a considerat că nespecificarea în documentele care însoțesc marfa la livrare, a buletinului de analiză, din propunerea tehnică a SRL nu este o abatere de la cerințele caietului de sarcini. Autorizația de fabricație și Autorizația de punere pe piață deținute de un furnizor de gaze medicale au la baza respectarea Ghidului de buna practică de fabricație, ghid care prevede, obligatoriu, realizarea controlului strict al calității și înregistrarea datelor. Prin urmare, efectuarea acestor analize și măsurători sunt garantate de obținerea și deținerea autorizației de fabricație și autorizației de punere pe piață de la Agenția Națională a Medicamentului.

VII. Referitor la pct. VII din contestație - diverse condiționări suplimentare față de cerințele documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă consideră că a avut în vedere prevederile legale și a constatat că oferta SRL respectă cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini.

Menționează că nu este condiționată de aceste prevederi din propunerea tehnică, care nu sunt cuprinse nici în proiectul de acord cadru sau contract subsecvent pe care ofertantul l-a acceptat implicit, având în vedere că în fisa de date de achiziției la Secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice la punctul II 1.1.1a) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, este specificat că ofertanții au obligația completării și prezentării „o declarație prin care accepta clauzele contractuale cuprinse în modelul de contract din documentația de atribuire (în caz contrar se considera acceptul tacit al acestuia)”.

Arată că autoritatea contractantă și operatorul economic stabilesc prin semnarea acordului-cadru/contractului subsecvent, ca urmare a acordului de voință exprimat, drepturile și obligațiile pe care și le asumă,

cu respectarea regulilor și limitelor impuse prin acesta și prin legislația în domeniul achizițiilor publice.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca netemeinică și menținerea tuturor actelor efectuate în cadrul procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 6294/15.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 33426/21.06.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

SC SRL formulează concluzii scrise prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 33446/21.06.2023, raportat la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, precizând următoarele:

- cu privire la despăgubirile suplimentare aferente buteliilor, precum și cu privire la materialele de protecție a acestora, autoritatea contractantă nu înțelege modalitatea de suplimentare a documentației de atribuire prin ofertă, deoarece menționează că va achita despăgubiri în baza unor documente justificative și dacă se va dovedi culpa;

- SRL a introdus această clauză pentru a funcționa ca o modalitate automată de stabilire a prejudiciului pentru fiecare butelie în parte, nefiind necesare nici documente justificative, nici dovedirea culpei autorității contractante, deoarece se va activa necesitatea achitării despăgubirilor din simplul fapt al nereturnării buteliilor. Clauza din cuprinsul ofertei are natura unei clauze penale care nu a existat în documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă.

- Cu privire la costurile suplimentare taxate de SRL pentru nereturnarea buteliilor într-un anumit termen, autoritatea contractantă declară că se poate încadra în acest termen stabilit prin oferta SRL. În materia achizițiilor publice, autoritățile contractante stabilesc termene, iar ofertanții declară că se pot încadra în acestea.

- este irelevant dacă autoritatea contractantă poate respecta sau nu în practică termenele impuse de SRL și să nu achite practic niciodată tarife suplimentare, ci nelegală este posibilitatea ca SRL să solicite tarife suplimentare cu modificarea documentației de atribuire.

- neconcordanța privind termenul de plată a facturilor fiscale emise de SRL ar fi trebuit clarificată de către comisia de evaluare (respectiv dacă termenul este de 15 zile sau de 60 de zile), mai ales având în vedere faptul că reprezenta o cerință expresă din caietul de sarcini. Faptul că neconcordanța nu a fost semnalată dovedește caracterul superficial al evaluării acestei oferte.

- Faptul că autoritatea contractantă a decis că nu mai este necesară solicitarea buletinului de analiză printre documentele care însoțesc marfa la livrare având în vedere respectarea legislației și a ghidului de bune practici este inadmisibilă.

- documentația de atribuire necontestată în termen devine obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, iar forma publicată în SEAP nu conține posibilitatea suplimentării lipsei buletinului de analiză prin conținutul altor documente din care să reiasă aceleași concluzii precum cele dintr-un buletin de analiză.

- autoritatea contractantă a avut o rațiune pentru care a solicitat buletinul de analiză la livrarea mărfii și nu ar trebui să se răzgândească cu privire la necesitatea solicitării acestuia doar pentru că SRL nu și-a asumat să îl prezinte. Din punct de vedere legal, această răzgândire este imposibilă la acest moment. Din acest motiv, ar fi trebuit să respingă oferta ca fiind neconformă.
- autoritatea contractantă nu aduce lămuriri cu privire la condiționările legate de livrarea efectivă a obiectului procedurii de achiziție.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 35977/04.07.2023, intervenientul solicită accesul la dosarul cauzei; prin adresa nr. 36547/1528/C1/05.07.2023 Consiliul îi comunică acestuia, termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 06.07.2023

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 30546/08.06.2023 contestatorul, depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 20920190/1, tranzacția nr. 1338414539/63548571 din 31.05.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Piața Alba Iulia, în cuantum de 25.995,00 lei.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea încheierii acordului cadru, având ca obiect: „Achiziționare oxigen medicinal comprimat”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1052840/09.03.2023 conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 1.774.986,00 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a formulat cererea de intervenție nr. 215/19.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 32929/19.06.2023, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 07.06.2023 sub identificatorul

„Document: [CN1052840/00070] Contestatie OXIGEN
_signed.pdf” contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată
că cererea de intervenție a SC SRL este formulată în
cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr.
101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67
din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în
cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar
cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul

admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Procedând la analiza contestației, se reține că una din critici se referă la nerespectarea de către ofertantul desemnat câștigătorul procedurii (SC SRL), în cadrul lotului 1, a cerințelor privind tipurile de cheltuieli prevăzute limitativ în caietul de sarcini în scopul furnizării oxigenului medicinal, stabilind în propunerea tehnică condiții pentru executarea contractului care excedează cerințelor din documentația de atribuire.

În legătură cu acest aspect, Consiliul reține că, la pag. 1 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a menționat *„Ofertanții vor preciza în oferta proprie toate mențiunile și informațiile solicitate prin Caietul de sarcini și documentația de atribuire referitoare la produsele și serviciile conexe oferite și condițiile impuse pentru executarea contractelor ce se doresc a fi atribuite”*, la pag. 2 a precizat că *„oxigenul va fi asigurat în tuburi de 50 litri, respectiv 8 litri”*, la pag. 3 *„În ceea ce privește recipientele necesare livrării produselor acestea vor fi puse la dispoziția achizitorului pe bază de chirie, aspect ce trebuie avut în vedere de către ofertanți la data întocmirii ofertei”* iar la pag. 4 *„De asemenea în centralizatorul de preturi, anexa la Formularul de ofertă (Formularul nr. 9) prețul ofertat va include orice alte cheltuieli, taxe și comisioane necesare îndeplinirii contractului de furnizare, conform reglementarilor în vigoare neputând fi incumbat achizitorului niciun alt fel de cost decât cele menționate mai sus, inclusiv transportul la sediul beneficiarului. **Nu se accepta alte cheltuieli în afara contractului** legate de verificări tuburi, vopsit, ISCIR etc.*

Oferta financiară va fi elaborată de către ofertanți cu raportare la cantitățile estimative lunare precizate mai sus, raportat la aceste cantități estimative și cu luarea în considerare a tuturor categoriilor de servicii conexe furnizării fiind stabilită și valoarea estimată a procedurii (...)

Transportul produselor ce fac obiectul viitorului contract va fi asigurat de către achizitor. Furnizorul trebuie să asigure pentru gazele medicale îmbuteliate recipienti metalici corespunzători din punct de vedere al normativelor ISCIR și al normelor de protecție a muncii. Prețul de închiriere al recipientilor (buteliilor) va fi precizat distinct, în lei fără TVA/zi/tip de recipient. Acest tarif/preț va fi cuprins în centralizatorul de prețuri, anexa la Formularul nr. 9 de oferta.

Termen de livrare (la solicitarea achizitorului) - maxim 24 ore de la data transmiterii fiecărei comenzi de către achizitor.

Termen de plata 30 zile de la facturare".

Urmare a unei solicitări de clarificare formulată în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a precizat la punctul 15 din adresa de răspuns consolidat nr. 3215/ 24.03.2023 publicată în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1052840/00010] Raspuns solicitari clarificari Oxigen medicinal comprimat_semnat.pdf” următoarele aspecte:

„Clarificarea nr. 15 „Solicităm adăugarea art. 14.8 în Acordul Cadru astfel:

14.8. - Furnizorul are obligația de a livra produsele în ambalajele originale și în ambalajul mare al producătorului (de ex. paleți). 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 50 EUR/bucată

Contravaloare clichet palet 150 EUR/bucată

Contravaloare butelie distrusă/pierdută/însușită 350 EUR/bucată

Contravaloare palet distrus/pierdut/însușit 600 EUR/bucată

Contravaloare robineti distruși/pierduți/însușiți 50 EUR/bucată

Contravaloare capac distrus/pierdut/însușit 50 EUR/bucată

Contravaloare vopsire butelie deteriorată 100 EUR/bucată

Răspuns la Clarificarea nr.15

Nu se acceptă adăugarea acestei cerințe deoarece prețurile pot diferi de la furnizor la altul".

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să își întocmească oferta ținând seamă strict de prețul oxigenului care urmează a fi furnizat și chiria aferentă utilizării buteliilor/recipienților în care va fi furnizat oxigenul medicinal, fiind excluse cheltuieli de forma celor menționate în solicitarea de clarificări la care s-a răspuns la punctul 15 din răspunsul consolidat.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la

momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită serviciilor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau condițiile de achiziționare a produsului „*Oxigen medicinal*” au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că atât cerințele din fișa de date referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice cât și specificațiile cu privire la natura cheltuielilor aferente buteliilor în care se furnizează oxigenul medicinal sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la specificațiile tehnice enumerate în caietul de sarcini și cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a nu include în propunerea tehnică/financiară alte cheltuieli în afară de costul oxigenului și cel al chiriei cât și
- riscurile ce decurg din eventuala nerespectare a acestei cerințe.

Din analiza propunerii tehnice a ofertantului SC SRL (pag. 294 din dosarul achiziției), Consiliul reține că acesta nu s-a limitat să prevadă în ofertă doar prețul oxigenului și chiria buteliilor ci a adăugat o multitudine de condiții pentru livrare suplimentare celor din documentația de atribuire, cum ar fi valorile/sumele care ar urma să fie imputate autorității contractante în cazul în care aceasta nu returnează toate buteliile (cu valori cuprinse între 150 și 683 euro), faptul că toate materialele de ambalare a produselor (butelii) precum și toate materialele de protecție a acestora (paleți din lemn, foi de protecție etc.) rămân în proprietatea furnizorului iar riscurile referitoare la pierderea, furtul sau deteriorarea acestora sunt suportate de autoritatea contractantă cât timp se află în posesia acesteia.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ofertantul în cauză nu a respectat cerințele cu privire la structura cheltuielilor impuse înainte de expirarea termenului limită stabilit pentru depunerea ofertelor astfel cum avea obligația potrivit prevederilor art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016 anterior citat coroborat cu art. 104 alin. (3) și art. 60 alin. (1) din aceeași normă juridică potrivit căruia: „*Operatorul economic are*

obligația de a transmite oferta și DUAЕ în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare”.

Consiliul reține că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor tehnice depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere/reproducere a elementelor din ofertă astfel cum a procedat ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității fiecărei specificații tehnice impuse în caietul de sarcini cu propunerile tehnice și documentele doveditoare

prezentate în acest sens, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că produsele ofertate sunt conforme și corespund necesității ei pentru care a inițiat procedura de atribuire în cauză.

Specificațiile tehnice propuse de ofertanți nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, ci reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice, a căror realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod superficial cerințele impuse privind natura cheltuielilor permise stabilită prin caietul de sarcini și să desemneze drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia în baza simplei prezumții că se va încadra în condițiile suplimentare stabilite de respectivul ofertant astfel încât printr-o disciplină contractuală exemplară, să nu fie nevoită a plăti aceste sume suplimentare pretinse în mod neîntemeiat de intervenient.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres solicitate în cadrul caietului de sarcini (inclusiv cele referitoare la numărul natura cheltuielilor care pot fi solicitate), iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Potrivit art. 49 și 50 din Legea nr. 98/2016, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Or, în acest context, Consiliul apreciază că oferta SC SRL nu putea fi desemnată câștigătoare fără încălcarea

principiilor anterior menționate deoarece prin acceptarea condițiilor și cheltuielilor suplimentare impuse de respectivul ofertant, autoritatea contractantă l-a avantajat pe acesta în mod evident.

În acest sens, Consiliul reține că prevederile caietului de sarcini în care nu sunt prevăzute cheltuieli pentru reparația/vopsirea/înlocuirea buteliilor, au creat anumite efecte în rândul operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură în sensul că aceia care nu au participat la procedură din teama pagubelor ce ar putea fi produse prin eventuala deteriorare/ pierdere/ distrugere a buteliilor ar fi putut să

ia o altă decizie dacă ar fi cunoscut că autoritatea este dispusă totuși să-și asume plata pagubelor produse din vina sa.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a precizat clar la punctul 15 din răspunsul consolidat că nu acceptă să modifice documentația de atribuire în sensul achitării sumelor necesare reparațiilor/înlocuirii buteliilor, asumându-și astfel implicit obligația de a evalua ofertele în baza acelorași cerințe aduse la cunoștința potențialilor ofertanți.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În cauza **Cartiera dell'Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13)**, **CJUE s-a pronunțat astfel:** „(...) pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică **formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, **în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111).”

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că prin modalitatea superficială și permisivă de evaluare a ofertei intervenientului, autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În acest sens, Consiliul reține că, deși autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat (punctul 15) a respins în mod expres stabilirea vreunui tarif în cazul deteriorării/distrugerii/pierderii buteliilor, paletelor metalici și a chingilor, SC SRL a indicat în cadrul propunerii tehnice anumite tarife care urmează a fi aplicate dacă autoritatea nu returnează buteliile, fiind aplicabile în acest caz

prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 care dispun următoarele: *„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (...) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”*.

Mai mult, Consiliul reține că aspectele cu privire la costurile aferente buteliilor nereturnate nu sunt singurele abateri ale propunerii tehnice aparținând intervenientului de la cerințele caietului de sarcini, SC SRL limitând, de exemplu, numărul buteliilor pe care se angajează să le livreze la cel al buteliilor goale existente pe stoc la data

comenzii sau impunând scăderea/diminuarea numărului buteliilor pline livrate cu diferența rezultată din comanda anterioară.

În cazul în care autoritatea contractantă considera toate aceste limitări/condiții ca fiind de mică însemnătate, astfel cum susține prin punctul de vedere, nimic nu o împiedica pe aceasta să comunice aceste aspecte potențialilor ofertanți fie prin documentația de atribuire fie prin răspunsul consolidat astfel încât să informeze operatorii economici interesați despre modalitatea în care le vor fi evaluate ofertele, după cum dispun prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*.

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

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45: *„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001,*

SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p. I- 7725, punctul 34, și Hotărârea

din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C- 448/01, Rec., p. I- 14527,

punctul 47), constituie într- adevăr, temeiul directivelor privind

procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul

91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351,

punctul 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus

Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213, punctul 81, și Hotărârea din 3

martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul

26)“.

Nu în ultimul rând, Consiliul reține că SC SRL nu și-a asumat prin propunerea tehnică să însoțească la livrare oxigenul de buletinul de analiză, inclusiv caracteristicile măsurate ale produsului, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă la pag. 4 din caietul de sarcini iar o eventuală solicitare și implicit acceptarea a completării propunerii tehnice a intervenientului cu această precizare expresă care lipsea din oferta sa ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea SC SRL, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă neconformă (art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, într-o ofertă conformă și, ulterior câștigătoare.

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

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

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate

punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

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

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent

tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

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

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

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

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare și stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei depuse de SC SRL cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului SC SRL privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor din contestație, câtă vreme indiferent de natura acestora nu poate fi înlăturat caracterul neconform al ofertei SC SRL, rezultatul fiind același.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente aferente lotului 1 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Referitor la solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. **Cuquantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației**”.

Ori, întrucât contestatorul nu a depus documente doveditoare din care să rezulte natura și cuantumul cheltuielilor efectuate, Consiliul va

respinge ca nedovedită solicitarea acestuia privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de soluționare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente aferente lotului 1 și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nedovedită solicitarea contestatorului de acordare a cheltuielilor de soluționare a contestației.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 21 (douăzeciuna) pagini