C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 8106/17.10.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 43820/17.10.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ..., împotriva adresei nr. 35593/06.10.2017, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Heliu 6.0 – 30 butelii de 50 litri”, s-a solicitat admiterea contestației, anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată neconformă și a adresei nr. 35593/06.10.2017, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei sale, cu respectarea prevederilor legale și continuarea procedurii de atribuire.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică decizia entității contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă.

Contestatorul precizează că, datorită specificului achiziției, heliu, livrat în butelii proprietate furnizor, a prezentat prin propunerea tehnică *„Gazele speciale vor fi livrate în butelii proprietate furnizor, în condițiile de închiriere butelii menționate în anexa propunerii tehnice. [...]”*. Anexa la propunerea tehnică cuprinde, așa cum rezultă din aceasta „Condiții generale de închiriere butelii de gaze speciale”.

În acest sens, contestatorul arată că prin adresa nr. 34460/28.09.2017, entitatea contractantă a formulat mai multe solicitări, prima dintre acestea, care a stat la baza emiterii nelegale de declarare a neconformității și a respingerii ofertei sale, fiind: *„Entitatea contractantă nu este de acord cu formulările din cadrul Anexei la propunerea tehnică la pct. 2, 3 și 5. Vă rugăm să refaceți propunerea tehnică în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini*" și unde se prevăd următoarele:

- pct. 2 *„Dreptul de utilizare - Dreptul de utilizare a buteliilor se extinde exclusiv asupra depozitării și consumului gazelor achiziționate de la furnizor. Achizitorul nu are dreptul de a preda și / sau subînchiria bunurile unor terți - chiar și pentru o folosință temporară. Încălcarea acestei dispoziții obligă achizitorul la plata unei penalizări de 2.000 lei/buc*".

- pct. 3 *„Restituirea bunurilor închiriate - în cazul depășirii termenului de restituire menționat, chiria se majorează automat la valoarea de 3,00 lei/zi/butelie până la data restituirii sau facturării contravalorii acestora. În cazul nerestituirii bunurilor închiriate, furnizorul are dreptul de a acționa în instanță achizitorul pentru recuperarea lor sau a contravalorii acestora conform art. 5 din prezenta Anexă*".

- pct. 5 *„Nerestituirea bunurilor închiriate - în cazul pierderii sau distrugerii bunurilor închiriate, achizitorul este obligat să despăgubească furnizorul cu suma de 2.000,00 lei/buc (preț fără TVA)".*

Prin răspunsul la clarificări din data de 03.10.2017, motivând răspunsul, contestatorul arată că și-a menținut punctele 2, 3 și 5, precizând totodată faptul că acestea nu contravin prevederilor caietului de sarcini.

În continuare, contestatorul evocă faptul că la data de 06.10.2017, prin adresa nr. 35593, entitatea contractantă i-a comunicat decizia sa, în sensul declarării ofertei ca neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 *„întrucât oferta dvs. conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru acesta din urmă*" și respingerii acesteia în baza art. 143 alin. (1) din același act normativ, acte considerate de acesta ca fiind nelegale și contestate pe calea prezentei acțiuni.

Contestatorul evidențiază că, în adresa de mai sus, încălcarea de către entitatea contractantă a principiilor transparenței și a tratamentului egal, prin emiterea unei decizii subiective privind neconformitatea ofertei sale, fără furnizarea niciunei justificări a deciziei luate, nerezultând din această adresă care sunt dezavantajele obiective pe care aceasta le-a avut în vedere la momentul deciziei sale, art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 fiind indicat doar formal.

Prin notificarea prealabilă nr. 3044/11.10.2017, contestatorul susține că a solicitat entității contractante să revoce decizia prin care a constatat ca neconformă și i-a respins oferta, să anuleze adresa nr. 35593/06.10.2017 prin care i-a fost comunicată decizia luată, cât și actele subsecvente acestuia, să constatate conformitatea ofertei sale și să dispună continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea prevederilor legale.

Coroborând prevederile documentației de atribuire cu corespondența ulterioară purtată cu entitatea contractantă și, în mod deosebit, explicațiile

furnizate de contestator în cadrul răspunsului la clarificări din 03.10.2017, acesta concluzionează că oferta sa nu conține *„propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă*", astfel că, în mod nelegal a fost declarată ca fiind neconformă.

Totodată, contestatorul face referire la evocările sale din notificarea prealabilă, cu privire la faptul că în aceasta s-a raportat doar la punctele 2, 3 și 5 ale Anexei la propunerea tehnică, pe care le menține și nu a modificat clauzele contractuale în defavoarea entității contractante, precum și că din răspunsul său din data de 03.10.2017 la solicitarea de clarificări nr. 3446/28.09.2017, reiese că respectivele clauze contractuale intră în efect doar în anumite condiții și astfel, nu rezultă niciun dezavantaj pentru aceasta, ci denotă faptul că în mod nelegal, oferta sa a fost declarată neconformă în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 și în mod nelegal a fost respinsă în baza art. 143 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016.

Referitor la notificarea sa prealabilă, contestatorul menționează că la data de 12.10.2017, a primit răspunsul entității contractante nr. 36644, prin care i-a comunicat că își menține hotărârea luată, enumerând o serie de considerente, pe care le citează și asupra cărora face următoarele aprecieri:

- afirmația că *„pe parcursul derulării procedurii, prin adresa nr. 34460/28.09.2017 vi s-au cerut clarificări, în sensul că s-a solicitat să renunțați la prevederile din oferta dvs. tehnică, referitoare la plata unei contravalori pentru cazul pierderii de butelii, iar dumneavoastră prin răspunsul din data de 03.10.2017 nu ați acceptat să renunțați la acele prevederi"*, nu își găsește identitatea în adresa nr. 34460/28.09.2017, la care face trimitere, singurul text existent fiind *„entitatea contractantă nu este de acord cu formulările din cadrul Anexei la propunerea tehnică la pct. 2, 3 și 5. Vă rugăm să refaceți propunerea tehnică în conformitate cu solicitările caietului de sarcini*". Astfel, se poate observa lipsa oricăror argumente în solicitarea transmisă la modul general, iar pe de altă parte, constrângerea în renunțarea totală la condițiile de protecție a bunurilor proprietate Messer, prezentate în Anexa la propunerea tehnică.

- în al doilea rând, se prezintă că *„plata unei contravalori pentru cazul pierderii de butelii"*, omiţându-se faptul că în anexa contestatorului, la care se face trimitere, este menționat foarte clar la „despăgubiri" în caz de pierdere sau distrugere.

- în conținutul notificării prealabile, s-a susținut, contrar invocărilor entității contractante, că oferta sa nu conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, astfel, în mod nelegal a fost declarată ca fiind neconformă oferta sa.

- în mod eronat, entitatea contractantă face trimitere la art. 25 din contract, intitulat „soluționarea litigiilor", ignorând drepturile legale ale contestatorului, oferite de art. 1530 Cod civil.

- astfel, clauza 5 din anexa la propunerea sa tehnică, pe lângă faptul că are în vedere efecte și situații juridice diferite de cele prevăzute de clauza

contractuală 25 „soluționarea litigiilor”, este o clauză legală care completează contractul părților, în limitele legale, și nu conține nicio prevedere contrară acestui articol și nici alte prevederi care modifică clauzele contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire. Mai mult, vorbind despre despăgubiri pentru nerestituirea/distrugerea buteliilor Messer primite în baza contractului de achiziție publică de către Romgaz, raportat la buna credință a părților contractante în încheierea și derularea contractului, nu rezultă că această clauză ar fi una dezavantajoasă pentru Romgaz, articolul invocat nefiind susținut de niciun argument legal și pertinent.

- raportat la limitele legale în care ofertanții pot negocia și încheia contractul de achiziție publică, limite respectate de către contestator întru-totul, așa cum rezultă din toate înscrisurile depuse la dosarul achiziției, împreună cu argumentele prezentate mai sus, nu rezultă nicio favorizare a sa, ci rezultă, în mod indubitabil o încălcare a drepturilor sale, prin înlăturarea nelegală din procedura de atribuire, evident principiul nediscriminării și cel al tratamentului egal prevăzut în art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016, fiind încălcat de către entitatea contractantă, inițial prin decizia sa nelegală și ulterior prin refuzul acesteia de a o revoca.

Astfel, din toate cele prezentate mai sus, contestatorul apreciază că rezultă legalitatea tuturor actelor întreprinse de acesta și demonstrează că entitatea contractantă, în mod greșit, subiectiv și nelegal i-a respins oferta ca neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016.

Mai mult, contestatorul susține că, așa după cum se cunoaște, contractul de achiziție publică este un contract administrativ în care sunt incluse două categorii de clauze, respectiv clauze obligatorii (reglementare) și clauze contractuale negociabile, acesta preluând atât elemente specifice actului administrativ unilateral, cât și elemente specifice contractului de drept privat, care presupune dialog și negociere.

Referitor la jurisprudență, contestatorul arată că s-a admis că entitatea contractantă stabilește conținutul clauzelor obligatorii cu respectarea limitelor puterii discreționare recunoscută autorității administrative, prezența acestor clauze fiind subînțeleasă și decurgând din necesitatea realizării interesului general. Limitele în cauză sunt însă lăsate la latitudinea autorității care, într-o accepțiune subiectivă, își exercită atribuția de putere publică prin determinarea acelor clauze cu rol de salvgardare a interesului public. Relevante contextului sunt prevederile art. 8 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, potrivit cărora „*la soluționarea litigiilor prevăzute la alin. (2) se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public*”. Cu toate acestea, trebuie întotdeauna avute în vedere dispozițiile art. 15 din Noul Cod Civil, potrivit cărora *„niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe*”. În acest context, este de la sine înțeles faptul că interesul public, cu atât mai mult, nu poate constitui un temei pentru exercitarea abuzivă a drepturilor relevante, cum se întâmplă în cazul de față, contestatorul fiind în mod nelegal înlăturat din competiție.

Având în vedere ca legiuitorul nu distinge între clauze contractuale obligatorii sau specifice atunci când face referire la propunerile de modificare a acestora, contestatorul evocă faptul că rezultă că un ofertant poate propune modificări atât a clauzelor contractuale obligatorii, cât și a celor specifice. Diferența între cele două tipuri de clauze rezidă însă în faptul că dacă în ceea ce privește clauzele obligatorii, operatorii economici sunt limitați la solicitarea îndreptării acelor clauze considerate nelegale sau abuzive introduse de autoritățile contractante, în ceea ce privește clauzele convenționale/specifice, caracterul lor negociabil conferă operatorilor economici o libertate cvasi-totală în a face propuneri necesare atunci când este cazul. Astfel, autoritatea contractantă este obligată să ia în considerare asemenea propuneri, având singura posibilitate de a nu le accepta doar în cazul în care sunt vădit dezavantajoase pentru aceasta.

În continuare, ... evocă prevederile art. 1183 alin. (2) Cod civil, care prevede că „*Partea care se angajează într-o negociere este ținută să respecte exigențele bunei-credințe. Părțile nu pot conveni limitarea sau excluderea acestei obligații*”.

Astfel, contestatorul precizează că există o obligație legală, stabilită prin norme imperative de ordine publică, de a purta negocieri cu bună credință, iar în contextul în care entitatea contractantă nu prezintă în mod obiectiv dezavantajele produse prin acceptarea clauzelor 2, 3 și 5, rezultă o ignorare a prevederilor art. 1530 Cod civil și înlăturând în mod abuziv din competiție un ofertant care, diligent, face apel, în mod legal la respectiva clauză.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată neconformă și a adresei nr. 35593/06.10.2017 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei sale, cu respectarea prevederilor legale și continuarea procedurii de atribuire.

Totodată, în concordanță cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită accesul la documentele dosarului achiziției publice.

În drept, ... arată că își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 2, art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, cât și pe toate articolele invocate în contestație, iar în probațiune, se folosește de proba cu înscrisuri.

În punctul său de vedere nr. 37701/26.10.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 45466/26.10.2017, ... solicită respingerea contestației ca nefondată, întrucât oferta contestatorului a fost declarată neconformă, pentru următoarele motive:

Pe parcursul derulării procedurii de atribuire, entitatea contractantă a cerut clarificări contestatorului, prin adresa nr. 34460/28.09.2017, în sensul că i-a solicitat să renunțe la prevederile din propunerea tehnică, referitoare la plata unei contravalori pentru cazul pierderii/deteriorării/nerestituirii de butelii, iar prin răspunsul său din data 03.10.2017, acesta nu a acceptat să renunțe la respectivele prevederi.

Referitor la afirmația contestatorului că anexa cu contravaloarea buteliilor nu ar modifica clauzele contractuale, având în vedere art. 6 din

modelul contractului, care prevede că oferta tehnică și financiară fac parte din contract, entitatea contractantă susține că aceasta nu corespunde realității.

În ce privește afirmația contestatorului că ar rămâne descoperit în cazul pierderii/deteriorării unei butelii, entitatea contractantă precizează că nici această susținere nu este fondată, pentru faptul că în contract este prevăzută în mod expres (art. 25) modalitatea de soluționare a eventualelor litigii, iar dacă în contract nu ar exista această prevedere, legislația civilă conține prevederi pentru remedierea unor astfel de diferende.

Privitor la încălcarea principiilor achizițiilor sectoriale, entitatea contractantă menționează că, dacă ar fi declarat oferta contestatorului conformă, date fiind prevederile anexei cu despăgubirile, am fi fost în situația de a o favoriza, încălcând astfel principiile nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute în art. 2, alin. 2, lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, entitatea contractantă arată că, după studierea documentației de atribuire, contestatorul avea posibilitate să participe la procedură (caz în care era obligat să respecte cerințele din documentație) sau dacă nu-i conveneau respectivele prevederi, să nu participe. Contestatorul a ales însă să participe, cu intenția de a încerca schimbarea prevederilor din documentație, încercând să determine entitatea contractantă să încalce principiul tratamentului egal, prin favorizarea acestuia, respectiv acceptându-i anexa în cauză.

Deși contestatorul susține că anexa nu ar modifica contractul, dat fiind faptul că aceasta este o procedură de atribuire care se derulează în baza unui plan anual de achiziții, ce prevede sumele destinate diferitelor achiziții, entitatea contractantă arată că în planul său se află bani doar pentru achiziția de heliu, fără să existe banii necesari pentru contravaloarea buteliilor ce ar trebui plătită ofertantului în caz de deteriorare/pierdere.

Entitatea contractantă apreciază că este vorba de o încercare a contestatorului de a-și crea un avantaj față de ceilalți ofertanți, fapt dovedit și prin prețul solicitat pe butelie de către acesta: 2.000 lei/buc. (la care se adaugă TVA), în condițiile în care pe piață prețul unei butelii este în medie 1.200 lei/butelie cu TVA inclus (conform anexei). Respectiva solicitare este nefondată având în vedere și faptul că în 2013, contestatorul solicita 1.500 lei/butelie (conform anexei), iar acum solicită 2.000, în condițiile în care indicele inflației în perioada 2013-2016 nu justifică această mărire de preț (conform anexei).

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată.

Prin adresa nr. ..., C.N.S.C. a înștiințat contestatorul asupra faptului că se poate studia dosarul achiziției publice, acesta prezentându-se la data de 02.11.2017, dar până la data prezentei, nu a formulat niciun răspuns sau a depus concluzii scrise.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea

mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Heliu 6.0 – 30 butelii de 50 litri”, cod CPV 24111300-8 Heliu (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. ....

Conform invitației de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare este de 27.000 lei, fără TVA.

Potrivit mențiunilor existente în declarația privind participanții la procedură nr. 30597/24.08.2017, 2 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind ..., contestatorul din prezenta cauză.

În raportul procedurii nr. 37750/27.10.2017, s-a consemnat că oferta depusă de către ... a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară de 24.810,00 lei, fără TVA.

Prin adresa nr. 35593/06.10.2017, autoritatea contractantă transmite ... comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, aducându-i la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată neconformă.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 3044/11.10.2017, la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 36644/12.10.2017, precizând faptul că nu adoptă măsuri de remediere.

Procedând la analiza criticilor aduse de către ..., Consiliul constată că acestea vizează motivul care a stat la baza deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei depusă de acest operator economic în cadrul procedurii, motiv întemeiat pe dispozițiile art. 143 alin. (3) lit. b) din HG nr. 394/2016 și constând în faptul că „oferta dvs. conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar societatea dvs., deși a fost informată cu privire la această situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective.”(conform adresei nr. 35593/06.10.2017, privind comunicarea rezultatului procedurii)

Verificând aspectele contestate de către ..., prin raportare la dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, a documentelor aflate la dosarul achiziției publice și luând în considerare susținerile părților, Consiliul constată că decizia de respingere, ca neconformă a ofertei depusă de ofertantul contestator, luată de entitatea contractantă ... a fost legală, urmând a fi menținută.

În luarea deciziei, Consiliul reține faptul că, în vederea achiziționării de „Heliu 6.0 – 30 butelii de 50 litri”, entitatea contractantă a demarat prezenta procedură de atribuire, postând în SEAP documentația de atribuire aferentă achiziției, în conținutul căreia se regăseau informații referitoare inclusiv la modul de utilizare a buteliilor și la returnarea acestora într-un anumit termen.

În acest sens, Consiliul reține în soluționare că în cadrul documentației de atribuire, caietul de sarcini, la capitolul „Condiții de livrare”, ... a prevăzut că *„Livrarea gazelor speciale se va face în butelii speciale, aparținând furnizorului-în două tranșe egale.(...) Furnizorul va include în prețul de furnizare și prețul aferent chiriei buteliilor pe perioada respectivă.*

Returnarea buteliilor se va face după maximum 36 luni de la livrare".

Mai mult, Consiliul are în vedere și faptul că în *Modelul de contract de furnizare*, parte componentă a documentației de atribuire, la capitolul 3 *„Durata contractului"* se regăsesc clauze contractuale cu același conținut ca cele din caietul de sarcini, redate anterior în motivare, clauze contractuale cu relevanță în cauză fiind și cele de la capitolul 12 „Recepție, inspecții și teste", art. 12.3 "Dacă vreunul dintre produsele inspectate sau testate nu corespunde specificațiilor, achizitorul are dreptul să îl respingă, iar furnizorul are obligația, fără a modifica prețul contractului: a) de a înlocui produsele refuzate; b) de a face toate modificările necesare pentru ca produsele să corespundă specificațiilor tehnice", precum și cele de la capitolul 20. „Actualizarea prețului contractului", unde se prevede, printre altele, că „Prețul produsului include toate cheltuielile aferente buteliilor: transport, chirie, verificare, reparații, instruire personal (dacă este cazul). Returnarea buteliilor se va face după maximum 36 luni de la livrare" și cele de la capitolul 21. „Amendamente" conform cărora „21.1.-Părțile contractante au dreptul, pe durata îndeplinirii contractului, de a conveni modificarea clauzelor contractului, prin act adițional, numai în cazul apariției unor circumstanțe care lezează interesele comerciale legitime ale acestora și care nu au putut fi prevăzute la data încheierii contractului."

Din cele redate anterior în considerente reiese fără putere de tăgadă că entitatea contractantă a prevăzut în documentația de atribuire toate informațiile necesare unei bune informări a operatorilor economici interesați de procedură, pentru ca aceștia să cunoască necesitățile obiective care au determinat ... să demareze o astfel de procedură, precum și condițiile în care urma să se deruleze atât procedura cât și contractul de achiziție publică, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, conform cărora *„Entitatea 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 sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire."*

În aceste condiții, prin raportare la criticile aduse de ..., referitoare la caracterul dezavantajos sau nu al unor clauze contractuale, propuse de acesta entității contractante, ținând seama, totodată, și de etapa în care se află procedura de atribuire, Consiliul constată caracterul tardiv al acestora, în condițiile în care propunerile de modificare/inserare a unor clauze contractuale nu au constituit obiectul unor clarificări la documentația de atribuire, care să fi determinat acceptarea sau nu a acestora de către ..., conținutul documentației de atribuire consolidându-și, astfel, caracterul definitiv.

De asemenea, Consiliul are în vedere și faptul că ... a înțeles să depună ofertă în cadrul procedurii de atribuire, acceptând și însușindu-și întrutotul conținutul documentației de atribuire, nerespectarea condițiilor impuse de entitatea contractantă conducând la respingerea ofertei, ca neconformă.

Într-o atare situație, inserarea unor clauze contractuale de către ofertantul contestator, în anexa la propunerea sa tehnică, fără ca acestea să

fi constituit obiectul vreunei clarificări cu entitatea contractantă, anterior depunerii ofertelor, a fost un demers în contradicție cu legislația în materia achizițiilor sectoriale, care a instituit reguli clare aplicabile în derularea unei proceduri de achiziție publică și cu încălcarea principiului transparenței, consacrat de art. 2 alin. (1) lit. d O) din Legea nr. 99/2016.

În acest sens sunt și susținerile entității contractante care a susținut în cadrul punctului de vedere nr. 37701/26.10.2017, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 45466/26.10.2017, că *„după studierea documentației de atribuire, contestatorul avea posibilitate să participe la procedură (caz în care era obligat să respecte cerințele din documentație) sau dacă nu-i conveneau respectivele prevederi, să nu participe. Contestatorul a ales însă să participe, cu intenția de a încerca schimbarea prevederilor din documentație, încercând să determine entitatea contractantă să încalce principiul tratamentului egal, prin favorizarea acestuia, respectiv acceptându-i anexa în cauză."*

Mai mult, Consiliul constată că, în etapa de verificare a propunerilor tehnice, comisia de evaluare și-a îndeplinit în mod corespunzător atribuțiile prevăzute la art. 138 și următoarele din HG nr. 394/2016, solicitându-i ofertantului contestator clarificări, sens în care i-a înaintat acestuia adresa nr. 34460/28.09.2017, în care a precizat, în mod clar, că: *„Entitatea contractantă nu este de acord cu formulările din cadrul Anexei la propunerea tehnică la pct. 2, 3 și 5. Vă rugăm să refaceți propunerea tehnică în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini" și unde se prevăd următoarele: pct. 2 „Dreptul de utilizare - Dreptul de utilizare a buteliilor se extinde exclusiv asupra depozitării și consumului gazelor achiziționate de la furnizor. Achizitorul nu are dreptul de a preda și / sau subînchiria bunurile unor terți - chiar și pentru o folosință temporară. Încălcarea acestei dispoziții obligă achizitorul la plata unei penalizări de 2.000 lei/buc"; pct. 3 „Restituirea bunurilor închiriate - în cazul depășirii termenului de restituire menționat, chiria se majorează automat la valoarea de 3,00 lei/zi/butelie până la data restituirii sau facturării contravalorii acestora. În cazul nerestituirii bunurilor închiriate, furnizorul are dreptul de a acționa în instanță achizitorul pentru recuperarea lor sau a contravalorii acestora conform art. 5 din prezenta Anexă"; pct. 5 „Nerestituirea bunurilor închiriate - în cazul pierderii sau distrugerii bunurilor închiriate, achizitorul este obligat să despăgubească furnizorul cu suma de 2.000,00 lei/buc (preț fără TVA)*".

Așadar, cu toate că a luat la cunoștință de faptul că entitatea contractantă a constatat inserarea unor clauze dezavantajoase pentru aceasta, clauze care nu au constituit obiectul vreunei clarificări anterior depunerii ofertei, Consiliul constată că prin răspunsul la clarificări, transmis în data de 03.10.2017, ... și-a menținut punctele 2, 3 și 5, precizând faptul că, în opinia sa, acestea nu contravin prevederilor caietului de sarcini.

Consiliul nu va analiza caracterul avantajos sau dezavantajos al clauzelor contractuale inserate de către ... în condițiile în care, așa cum s-a reținut anterior, aceste aspecte trebuiau clarificate de operatorul economic în cauză cu entitatea contractantă **anterior depunerii ofertei în cadrul procedurii de atribuire**, cu atât mai mult cu cât evaluarea ofertelor se

efectuează de către comisia de evaluare cu respectarea tratamentului egal a ofertanților și după aceleași reguli și condiții impuse prin documentației de atribuire, relevante în acest sens fiind și susținerile entității contractante conform cărora, dacă ar fi declarat oferta contestatorului conformă, date fiind prevederile anexei cu despăgubirile, ar fi fost în situația de a-l favoriza pe ofertantul ..., încălcând astfel principiile nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute în art. 2, alin. 2, lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016.

Într-o atare situație, luând în considerare cele reținute anterior în considerente, când s-a arătat că divergența dintre părți, legată de caracterul avantajos/dezavantajos al unor clauze contractuale, ar fi putut constitui un demers ce trebuia clarificat anterior depunerii ofertei de către ..., Consiliul constată că entitatea contractantă a procedat, în mod corect și legal, atunci când a decis respingerea, ca neconformă, a ofertei depusă de către ..., în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din H.G. nr. 394/2016, motivat de faptul că *„oferta dvs. conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru acesta din urmă*".

În consecință, pentru considerentele anterioare, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul respinge contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**